التَّهْذِيبُ

فِي فِقْهِ الإِمَامِ الشَّافِعِيِّ

تأليف

الإمام أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفرّاء

البغوي

المتوفى سنة ٥١٦هـ

تحقيق

الشيخ عادل أحمد عبد الموجود الشيخ علي محمد معوض

الجزء الرابع

يحتوي على الكتب التالية

الرّهن - التّفليس - الحجر - الصّلح - الحوالة - الضّمان - الشّركة
الوكالة - الأقرار - العارية - الغصب - الشّفعة - القراض - المساقاة
الأجارة - إحياء الموات - العطايا والحبس - اللقطة

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٨هـ - ١٩٩٧م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon
Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتابُ الرَّهْنِ

قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، أي: ارهنوا واقبضوا.

وروي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ؛ أن النبي ـ ﷺ ـ: «اشْتَرَىٰ طَعَاماً مِنْ يَهُودِيٍّ إِلَىٰ أَجَلٍ وَرَهَنَهُ دِرْعاً مِنْ حَدِيدٍ»(١).

والرهنُ جائزٌ لتوثيق الدَّيْن في السَّفر والحضر جميعاً، والمرهون يشترطُ أن يكون عَيْناً(٢).

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٣٠٢) كتاب البيوع: باب: شراء النبي بالنسيئة، حديث (٢٠٦٩)، وأحمد (٣/ ١٣٣)، والنسائي (٧/ ٢٨٨) كتاب البيوع: باب: الرهن في الحضر، وابن ماجه (٢/ ٨١٥) كتاب الرهون: باب (١)، حديث (٢٤٣٧). والترمذي (٣/ ٥١٩ ـ ٥٢٠) كتاب البيوع: باب: ما جاء في الرخصة في الشراء إلى أجل، حديث (١٢١٥)، وأبو يعلى (٥/ ٣٩٤) رقم (٣٠٦١)، وأبو الشيخ في «أخلاق النبي» (ص ـ ٢٦٣). والبيهقي (٦/ ٣٦) كتاب الرهن: باب جواز الرهن. كلهم من حديث قتادة عن أنس أنه مشى إلى النبي ـ ﷺ ـ بخبز شعير وإهالة سَنِخه ولقد رهن النبي ـ ﷺ ـ درعاً له بالمدينة عند يهودي وأخذ منه شعيراً لأهله ولقد سمعته يقول: ما أمسى عند آل محمد ـ ﷺ ـ صاع بر ولا صاع حب وإن عنده لتسع نسوة. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٢) وهي تطلق بالمعنى المقابل للدين، وبالمعنى شروط المرهون المقابل للمنفعة، وكلا المعنيين معتبر في المرهون؛ فلا يكون ديناً ولا منفعة. وقد اختلف العلماء في رَهْن الدين.
فذهب الجمهور، والشافعية على الراجح عندهم، أنه لا يصح رهنه مطلقاً، ويرى المالكية والشافعية على الرأي المرجوح؛ أنه يصح رهنه ولو لغير من عليه مثاله: رجلان تعاملا، لأحدهما على الآخر =

والمرهونُ به يشترط أن يكون دَيْناً(١)، حتى لو أخذ رَهْناً عن المغصوب أو المستام أو المُستعَارِ ـ لا يجوز؛ لأن المقصودَ من الرَّهن بَيْعُه، واستيفاء حَقِّه من ثمنه عند تَعذُّرِ الاستيفاءِ، ولا يمكن استيفاءُ العَيْنِ من ثَمَنِ الرَّهْنِ.

ثم كُلُّ دين هو لازم؛ مثل: أُرُوشُ الجنايات، وبدل المُتْلَفات والقرضِ، والثمن في البيع، والمسلم فيه، والأجرة في الإجارة ـ ومال الصُّلْح ـ؛ والصَّداقِ في النكاح، وبدل الخلع، يجوز أخذُ الرَّهْن بها. وإن كان بعضُها يعرض للسقوط؛ كالثمن قبل قبض الْمبيعِ، والأجرة قبل العَمَلِ، وقبل استيفاءِ مَنْفعةِ العين؛ فإنها تَسْقُط بهلاكِ المبيع، وهلاك العين الْمُستَأْجرةِ.

وكذلك الصَّداقُ قبل الدخول يَسْقُط بالطَّلاَقِ نصفُه، وتردَّه المرأة، ويجوز الرهنُ به.

= دين، فرهنه دينه الذي عليه، أو أن يرهن الرجل الدين الذي يكون له على الرجل، ويبتاع من رجل بيعاً، ويرهن منه الدين الذي يكون له على ذلك الرجل.
احتج الجمهور بقوله تعالى: ﴿فَرِهانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾.
وجه الدلالة: أن الآية بينت أن الرهن المشروع مقبوضٌ، فالقبض إذاً شرط للزوم الرهن كما سيأتي، إذ لا بد أن يستوفي الحق منه عند المخل، ويكون الاستيفاء من ماليته لا من عينه، ولا يتصور ذلك في الدين.
أيد المالكية، وموافقوهم دعواهم بأن ما في الذمة يجوزُ بيعه، فيجوز رهنه، دليلا المالكية وبأن ما في الذمة مال تقع به الوثيقة، فجاز أن يكون رهناً؛ قياساً على سلعة موجودة.
تعقب الدليل الأول للمالكية بأن فيه مقتضياً للصحة، ومانعاً منها، وهو عدم إمكان قبضه. والقاعدة المتفق عليها؛ أنه إذا وجد مانع، ومقتضى غلب المانع.
والدليل الثاني بأنه قياسٌ مع الفارق؛ إذ السلعةُ الموجودةُ يمكن قبضها بخلاف الدين؛ فالراجح رأي الجمهور: ينظر: نص كلام الشيخ حسن مصطفى في «الرهن». وينظر: التمثيل للضرورة والغبطة في العزيز (١٠/٥٨، ٥٩، ٦٠)، ومغني المحتاج شرح المنهاج (٢/١٢٢)، الجصاص (١/٦٢٢)، الخرشي (٥/٢٣٦)، القرطبي (٣/٤١١).

(١) والشرط أن يقع عقد الرهن على دين موعود به وهو محل خلاف بين الفقهاء.
فرأى الشافعية والحنابلة أنه لا يجوز وصورته أن يقول: رهنتك ثوبي هذا بعشرة تقرضنيها غداً.
ويرى أبو حنيفة ومالك وأبو الخطاب من الحنابلة أنه يجوز فمتى أقرضه الدراهم لزم الدين.
احتج الشافعية والحنابلة بأن الرهن تابع للحق فلا يسبقه كالشهادة وبأنه كالثمن لا يتقدم البيع.
يرهن الحنفية والمالكية وأبو الخطاب بأن الرهن وثيقة بحق فجاز عقدها قبل وجوبه كالضمان أو فجاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل كضمان الدرك.
اعترض هذا الدليل بأن الضمان يحتمل أن تمنع صحته وإن سلم فقياس مع الفارق اذ الضمان التزام مال تبرعاً بالقول فجاز من غير حق ثابت كالنذر بخلاف الرهن فيترجح الأول. ينظر: نص كلام الشيخ حسن مصطفى في «الرهن».

وكذلك ما ليس بلازمٍ، ولكنه يُفضي إلى اللُّزوم؛ كالثمن في زمان الخيار ـ يجوز الرهنُ به.

أما ما لا يُفضي إلى اللزوم؛ كالدِّية على الْعَاقِلة، ونجوم الكتابة ـ لا يجوز الرهنُ به؛ لأن الرهن يرادُ لتوثيق الدَّيْن، ومال الكتابة لا يمكنه توثيقُه؛ لأن المكاتبَ يملك إسقاطه.

وكذلك الديةُ تسقط بإعْسارِ العاقلةِ؛ فلا يمكن توثيقه، وكذلك بدل الْجَعَالةِ لا يجوز الرهنُ به قبل الفراغ من العمل، وبعده يجوز؛ لأنه قد لزم.

وقيل: تجوزُ بعد الشُّروع في العمل، قبل الفراغ منه، والأصحُّ: أنه لا يجوز؛ لأنه لا يصيرُ لازماً بنفسه إلا بالعمل، بخلاف الثَّمَن في زمان الخيار.

أما مالُ المسابقة والْمُناضَلَةِ[1]، إن جعلناه إجارةً، جاز الرهنُ به، وإلا فكَالْجَعَالَةِ.

أما العملُ في الإجارة، نظر: إن كانت الإجارة على عمل الأجِيرِ لعينه ـ لا يجوزُ الرهنُ به؛ لأن استيفاءَ عمله من غَيْرِه لا يمكنُ.

وإن كان على عَمَلٍ في الذِّمَّة ـ يجوز؛ لأنه يمكنه استيفاؤُه من الرَّهْنِ بأن يباع؛ فَيُسْتَأْجَرُ من ثمنه من يعمل.

ولا يجوز الرهنُ قبل ثبوت الْحَقِّ؛ بأن قال: رَهَنْتُك هذا بألفٍ أستقرضه منك، أو بثمن عبد أشتريه منك، وكذلك الضَّمَان، وجوَّز أبو حنيفة الرَّهنَ والضَّمان قبل ثبوت الحقِّ.

وإذا قبضه قبل ثبوت الحق يكون مَأْخوذاً على جِهَةِ سَوْمِ الرَّهْنِ، فإذا أقرضه بعده صَارَ رهناً، قلت: لا يصيرُ رَهْناً حتى يقول: رهنت به، ولو اقترن الرهنُ بوجوب الدَّيْن ـ يجوز؛ مثل أن يقول: بِعْتُك هذا العبدَ بألف، وارتهنت دَارَكَ، فقال المشتري: اشتريتُ ورهنتُ، أو قال: أقرضتك هذه الألفَ، وارْتَهَنْتُ عَبْدَكَ، فقال: استقرضتُ ورهنتُ، أو قال المشتري: اشتريت عَبْدك بألفٍ، وَرَهَنْتُك دَارِي، فقال البائعُ: بعتُ وارتهنتُ.

وشرطه: أن يوجد أحد مِصْراعي الرَّهْن بين مصراعي البيعِ.

والثاني: بعد مِصْراعِي البيع، فإن تقدم أحدُ مصراعي الرهنِ على مصراعي الْبَيْعِ؛ بأن قال البائع: ارتهنتُ وَبِعْتُ، وقال المشتري: اشتريتُ وَرَهَنْتُ، أو وجد مصراعا الرهن بين مصراعي البيع؛ بأن قال البائعُ: بِعْتُ وارتهنتُ، وقال المشتري: رَهَنْتُ واشتريتُ ـ لم يصح.

---

(١) المُنَاضَلَةُ: هي المراماة، وناضلته، أيْ: راميته لآخذ نضله، وقال الأزهري: النضال: في الرمي، والرِّهان: في الخيل، وهو الذي يوضع في النضال، فمن سبق أخذ، وحكى ابن الأعرابي قال: السَّبق، والخطر، والندب، والقرع، والوجب، كله الذي يوضع فيه. ينظر: النظم المستعذب (٢/ ٥٠).

وكذلك في الْقَرْضِ، لو قال: أقْرَضْتُكَ وارتهنتُ، فقال المستقرض: رهنتُ واستقرضت ـ لا يصح، ولو قال: بِعْتُكَ هذا بكذا على أن تَرْهَنَني دَارَك. فقال: اشتريت ورهنت ـ هل يشترطُ لفظَ الارتهانِ بعده من البائع؟: فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ كما لو قال: اشْتَرِ داري بكذا، وارهن منِّي دارك، فقال: اشتريت ورهنت ـ صَحَّ، ولا يشترطُ أن يقول بعده: ارتهنت.

والثاني ـ وهو الأصح: يشترط أن يقول بعده: ارتهنتُ؛ لأن الذي وُجِد منه شرط الإيجاب لا الاستيجاب؛ كما لو قال: افعل كذا لتبيعني دارك؛ يكـون استجاباً.

فَصْــلٌ

ولا يلزمُ الرهنُ إلا بالقبضِ[(١)]، سواء كان مَشْروطاً في البيع، أو كان رَهْنَ تبرُّعٍ؛ لقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وعند مالك: يلزم قبل القبض؛ كما يقول في سائر التبرعات.

---

(١) القبض في اللغة: الإمساك والتناول، يقال: قبضه بيده يقبضه، تناوله وقبض عليه بيده أمسكه.

القبض شرعاً: يرجع فيه إلى الشرع والعرف، وهو يختلف باختلاف المال، وتفصيله: أن المال إما أن يرهن من غير اعتبار تقدير فيه، أو يرهن معتبراً فيه تقدير، فالحالة الأولى التي لم يعتبر فيها تقدير؛ إما لعدم إمكانه أو مع الإمكان، فينظر إن كان المرهون مما لا ينقل؛ كالدور، والأرضين، والشجر الثابت، والثمرة على الشجرة قبل أوان الجداد، فقبضه بالتخلية بينه وبين المرتهن، وتمكينه من وضع يده، بأن يفتح الدار أو يسلمه مفتاحها، وإن كان من جملة المنقولات ففيه خلاف نبينه:

فرأى «الشافعي» في رواية راجحة، و«أحمد»، و«أبو يوسف»؛ أنه لا يكتفي بالتخلية، بل لا بد من النقل والتحويل.

ومذهب «أبي حنيفة»، و«مالك»، و«الشافعي» في رواية مرجوحة: الاكتفاء بالتخلية.

يرهن أصحاب المذهب الأول بما روي عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ قال: «كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً، فنهانا رسول الله ـ ﷺ ـ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه»، متفق عليه بهذا اللفظ، وغيره.

وجاء من طرق عدة «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه» وزاد ابن حبان، «ونهى أن يبيعه حتى يحوله»، وللحاكم، وابن حبان، وأبي داود من حديث ابن عمر، عن زيد بن ثابت بلفظ «نهى أن تباع السلع بحيث تبتاع، حتى يجوزها التجار إلى رحالهم».

وبالعرف إذ هـو جاز في قبض المنقول بالنقل، كأن يسوق الدابة، أو يقودها.

حجة أصحاب المذهب الثاني: أن الرهن وثيقة لجهة الاستيفاء، وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بأن يخلي بين المرتهن وبين دينه، فكذلك جهته؛ إذ الحقيقة أقوى من الجهة، وما يثبت به الأقوى يثبت به الأدنى.

يرد هذا الدليل بأنه لم لا يجوز أن يحتاج الأدنى إلى ما يقويه ويؤكده، وبأنه لا يقاوم النص والعرف المتقدمين؛ إذ لا فارق بين القبض في البيع وغيره، فالرأي الأول هو الأوْلَى بالاعتبار.

الحالة الثانية: أن يرهن الشيء مع اعتبار تقدير فيه، كما إذا رهن ثوباً أو أرضاً مزارعة، أو متاعاً موازنة، =

. . . .

= أو صبرة حنطة مكايلة، أو معدوداً بالعدد ـ فلا يكفي للقبض ما مر، بل لا بد مع ذلك من الذرع، أو الوزن، أو الكيل، أو العد، فلا يعتبر القبض جزافاً، ولا قبض المكيل بالوزن، والموزون بالكيل.

يؤيد هذا ما روي عن النبي ـ ﷺ ـ مرسلاً، ومسنداً: أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان: صاع البائع، وصاع المشتري» ابن ماجه، والدارقطني، والبيهقي عن جابر، وفيه ابن أبي ليلى عن أبي الزبير قال البيهقي: وروي من وجه آخر عن أبي هريرة، وهو في البزار من طريق مسلم الجرمي، عن مخلد بن حسين، عن هشام بن حسان، عن محمد، عن أبي هريرة، وقال لا نعلمه إلا من هذا الوجه.

وفي الباب عن أنس، وابن عباس أخرجهما ابن عدي بإسنادين ضعيفين جداً، وروى عبد الرزاق، عن معمر، عن يحيى بن أبي كثير، أن عثمان، وحكيم بن حزام: «كانا يبتاعان الثمر، ويخلطانه في غرائر، ثم يبيعانه بذلك الكيل، فنهاهما النبي ـ ﷺ ـ عن ذلك أن يبيعا، حتى يكيلاه لمن ابتاعه منهما»، ورواه الشافعي، وابن أبي شيبة، والبيهقي عن الحسن عن النبي ـ ﷺ ـ مرسلاً وقال في آخره: فيكون له زيادته، وعليه نقصانه.

قال البيهقي: روي موصولاً من أوجه إذا ضم بعضهما إلى بعض قوي، مع ما يثبت عن ابن عمر، وابن عباس والرهن كذلك لا يختلف عن البيع في شيء، وروي عنه (عليه الصلاة والسلام): «إذا سميت الكيل فكل».

للمرهون حالتان: إحداهما أن يكون في يد الراهن، اتفقت المذاهبُ على اشتراط إذنه في القبض؛ إذ أنه لا يلزمه تقبيضه، فاعتبر إذنه كالواهب، ولأن له فسخه قبل القبض؛ فلا يملك المرتهن إسقاط حقه.

والحالة الثانية: أن يكون في يد المرتهن بوديعة، أو إعارة، أو غصب.

ذهب الإمام أحمد إلى أنه يلزمُ بنفس العقد، من غير احتياج إلى أمر زائد وهو وجهٌ ضعيفٌ عند الشافعية.

ورأى أصحابُ الشافعي، والقاضي من الحنابلة، أنه لا يصيرُ رَهْناً حتى تمضي مدة يتأتى فيها قبضه. فإن كان منقولاً فبمضي مدة يمكن نقله فيها، وإن كان مكيلاً فبمضي مدة يمكن اكتياله فيها، أو معدوداً فبمضي مدة يمكن عده فيها، وإن كان غير منقول فبمضي مدة التخلية، وإن كان غائباً عن المرتهن لم يصر مقبوضاً حتى يوافيه هو أو وكيله، ثم تمضي مدة يمكن قبضُه فيها.

يدل على الرأي الأول: **أن السيد ثابتة**، والقبض حَاصِلٌ، وإنما يتغير الحكم لا غير، ويمكن تغير الحكم مع استدامة القبض، كما لو طُولب بالوديعة فجحدها، لتغير الحكم، وصارت مضمونة عليه من غير أمر زائد، ولو عاد الجاحدُ فأقرَّ بها، وقال لصاحبها: خذ وديعتك، فقال: دعها عندك وديعة كما كانت، ولا ضمان عليك ـ لتغير الحكم من غير حدوث أمر زائد.

ويمنع حصولُ القبض المطلوب للزوم الرهن، لتوقفه على الإذن، والإمكان، وتغير حكم الوديعة إلى الغصب، والغصب إلى الوديعة ـ لا يستلزم التغير هنا للفارق.

وجهة الرأي الثاني أن العقد يفتقر إلى القبض، والقبض يحصل بفعله أو بإمكانه، ويكفي ذلك، ولا يحتاج إلى وجود حقيقة القبض؛ لأنه مقبوض حقيقة.

وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا تلف المرهون، قبل مضي مدة يتأتّى قبض فيها فعلى الأول يكون كتلف المرهون بعد الفيض، وعلى الثاني يكون كتلفه قبل لزومه والراجح عندي الرأي الثاني لقوة مدركة.

. . . .

= عند الحنابلة، والشافعية وجهان: أحدهما: يفتقر، وهو الأصح ـ وثانيهما: لا يفتقر وهو مرجوح. يوجه الأول بأنه قبض يلزم به عقد غير لازم، فلم يحصل بغير إذن؛ كما لو كان في يد الراهن، وإقراره في يده لا يكفي، كما لو أقرّ المغصوبُ في يدِ غاصبه مع إمكان أخذه منه.

والثاني: ينظر إلى أن اقراره في يده بمنزلة إذنه في القبض.

والذي أرجح الوجه ـ الأول؛ لظهور دليله، وورود إقرار المغصوب على الثاني. فإن أذن له في القبض، ثم رجع عنه قبل مضيّ مدة يتأتى القبض فيها ـ لم يلزم الرهن حتى يعود، فيأذن، ثم تمضي مدة يقبضه في مثلها.

الشرط الثاني: بقاء أهلية الآذن والقابض، فلو أذن الراهن، ثم جن أو مات، وكذا إذا جن المرتهن، أو مات بعد الإذن، وقبل القبض ـ فلا يلزم الرهنُ؛ لأن الأول خرج عن أن يكون من أهل الإذن، فقبض المرتهن جاء بعد إذن غير معتبر، ولأن المرتهن خرج عن أن يكون من أهل القبض في حال الجنون، وفي حال الموت لم يوجد قبضٌ أصْلاً، ويكون الإذن في القبض إلى من ينظر في مال الراهن، وكذا القبض يكون لمن ينظر في مال المرتهن، فإذا أذن وليُّ الراهن، أو ورثته، وتم القبض من أهله ـ لزم.

اتفق الفقهاء على أن الرهن لا يلزم من جهة المرتهن، فله أن يفسخه في أي وقت شاء، إذ العقد لحظة، وعلى أنه شرط في الجملة. والخلاف في أنه شرط لزوم، أو تمام بالنسبة للراهن، وإليك البيان.

ذهب الإمام مالك إلى أنه شرط تمام، ووافقه أحمد في غير المكيل، والموزون في رواية مرجوحة.

وذهب الأئمة: أبو حنيفة، والشافعي، وأحمد في الرواية الراجحة، وأهل الظاهر إلى أنه شرط لزوم.

والفرق بين المسلكين: أن من قال: إنه شرط تمام قال: يلزم بالعقد، ويجبر الراهن على الإقباض، إلا أن يتراضى المرتهن عن المطالبة، حتى يفلس الراهن، أو يمرض، أو يموت. وأن من يرى أنه شرطُ لزوم قال: ما لم يقع القبض لم يلزم الراهن الرهن؛ كما أنه يعلم بالنظر في المذهبين أن الأول يقوي جانب المرتهن، والثاني يقوي جهة الراهن.

استند الإمام مالك إلى قوله تعالى: ﴿فَرِهانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾.

قال صاحب «المنتقى»: لنا من الآية دليلان: أحدهما: أنه قال عز من قائل: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾، فأثبتها رهاناً قبل القبض. ثانيهما: أنه قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ أمر؛ لأنه لو كان خبراً لم يصحَّ أن يوجدَ رهنٌ غير مقبوض؛ إذ خبره تعالى لا يتخلَّف.

نوقش الدليل الأول بأننا نقول بموجبه، وهي أنها رهان قبل القبض، لم تزل على الجواز، فمن أين يكونُ اللزوم؟ ـ والدليلُ الثاني بأن كون ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ أمراً لا يفيد ما ذهبتم إليه، وسنوجهه نحن الجمهور بما يدل على أنه شرطٌ للزوم الرهن مع أنه أمر. والرهن عقد وثيقة كالكفالة ولا يخفى أنه قياسٌ مع الفارق.

والرهن عقد يلزم بالقبض، فلزم قبله كالبيع؛ إذ هو عقد يختصُّ بالمال من الجانبين، فصار كالبيع.

ومن تأمل يرى أن البيع معاوضة، والرهن إرفاق.

احتجوا بقول الله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾.

وجهُ الدلالة أن المصدر المقرون بالفاء في جواب الشرط يُراد به الأمر، والأمر بالشيء الموصوف يقتضي أن يكون ذلك الوصف شرطاً فيه، إذ المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة، نظيره قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾، أي: فليحرر رقبة مؤمنة. =

. . . .

ـــــــــــــــ

= ورد أن رِهاناً جمع رهن بمعنى مرهون، فأين المصدر؟
والجواب أن التقدير فرهن رهان؛ كقوله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾؛ إذ التقدير فصوم عدة من أيام أخر.
والرهن عقد تبرع؛ إذ الراهن لا يستحق في مقابلته على المرتهن شيئاً؛ ولهذا لا يجبر عليه، فلا بد من إمضائه بعدم الرجوع؛ كما في الوصية، والصدقة، والهبة، والإمضاء يكون بالقبض.
والرهن عقد يفتقر إلى القبول، فافتقر إلى القبض كالقرض، والرهن الذي لم يقبض لا يلزم إقباضه؛ كما لو مات الراهن.
يتضح لي أن أدلة الجمهور قوية؛ لسلامتها من الاعتراضات، فليس لي أن أتحرج في ترجيح اشتراط القبض في لزوم الرهن.
القانون يشرط القبض، وها هو ذا نصه:
ينعقد الرهن بإيجابٍ، وقبولٍ من الراهن والمرتهن، لكن مما لم يوجد القبض لا يتم ولا يلزم، فللراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم، فإباحته للراهن الرجوع قبل التسليم، يجعلنا نقطع بأنهم أخذوا برأي الجمهور، وعندهم نص آخر (أي الوضيعين) يجيز للقاضي أن يجبر الراهن على تسليم العين؛ فيكونون قد أخذوا برأي المالكية.
أجمع الناس على صحة قبض المرتهن، وكذا على قبض وكيله، واختلفوا في قبض عدل يوضع الرهن على يديه، وقبل ذكر المذاهب أوضح المراد من العدل هنا. العدل: من رضي الراهن، والمرتهن وضع المرهون في يده، سواء أرضيا ببيعه أم لا، أو هو من يقدر على الإيفاء والاستيفاء؛ مسلماً كان أم ذمياً، أم حربياً مستأمناً ما دام في دارنا»، «٥» أو هو من يجوز توكيله، وهو الجائز التصرف، مسلماً كان أم كافراً، عدلاً أم فاسقاً، ذكراً أم أنثى «٦».
وقال ابن المقري: فإن شرطا وضعه عند عدل أو عدلين ـ جاز، قال شارحه: لو عبر بدل عدل بثالث ـ لكان أولى، فإن الفاسق كالعدل في ذلك.
رأى أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، وأحمد، وعطاء، وعمرو بن دينار، والثوري، وابن المبارك، وإسحاق، وأبو ثور، أن قبضه يقومُ مقامَ قبض المرتهن، إذا شرطا وضعه عند عَدْلٍ.
وجنح ابن أبي ليلى، وقتادة، والحرث العسكري، والظاهرية إلى أنه لا يقوم مقامه، استدلوا بقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾.
وجه الدلالة: أنه إذا صار في يد العدل صار مقبوضاً لغة وحقيقة، إذ ليس فيه فرق بين قبض العدل والمرتهن، وإطلاقه يقتضي جواز قبض كل منهما.
والعدل نائب عن صاحِب الحقِّ، وبمنزلة الوكيل.
وبحث هذا الدليل بأنه لو كان وكيلاً للمرتهن ـ لكان له أن يقبضه منه، ولما كان للعدل أن يمنعه إياه.
ويجاب بأن هذا لا يخرجه عن أن يكون وكيلاً، وقابضاً له، وإن لم يكن له حَقُّ القبض من قبل أن الراهن لم يرض بيده، وإنما رضي بيد وكيله.
ألا ترى أن الوكيل بالشراء قابض للسلعة للموكل، وله أن يحبسها بالثمن، ويدل على أن يَدَ العدل يدُ المرتهن، وأنه وكيله في القبض؛ أن للمرتهن متى شاء أن يفسخ هذا الرهن، ويبطل يد العدل، ويرده إلى الراهن، وليس للراهن إبطال يد العدل، فدل ذلك على أن العدلَ وكيلٌ للمرتهن. =

. . . .

= وبحث بأن المبيع لو جعل على يدي عدل لم يخرج من ضمان البائع، ولم يصح أن يكون العدلُ وكيلاً للمشتري في قبضة كذلك المرتهن.

والجواب بالفرق؛ إذ العدل في البيع لو صار وكيلاً للمشتري ـ لخرج عن ضمان البائع، وفي خروجه من ضمان بائعه سقوطُ حقِّه. ألا ترى أنه لو أجاز قبضه بطل حقه، ولم يكن له استرجاعه، لأن المبيع ليس له إلا قبض واحد، فمتى وجد سقط حق البائع، ولم يكن له أن يرده إلى يده، وكذلك إذا أودعه إياه، فلذلك لم يكن العدلُ وكيلاً للمشتري؛ لأنه لو صار وكيلاً له لصار قابضاً له قبض بيع، ولم يرض بذلك فلم يجز إثباته، ولم يصح أن يكون العدلُ وكيلاً للمشتري.

ومن جهة أخرى أنه لو قبضه للمشتري لتم البيع فيه، وفي تمام سقوط حق البائع فيه، فلا معنى لبقائه في يد العدل، بل يجب أن يأخذه المشتري، والبائع لم يرض بذلك، وليس الأمر كذلك في الرهن؛ لأن كون العدل وكيلاً للمرتهن لا يوجب إبطال حق الراهن، ألا ترى أن حقه باقٍ بعد قبض المرتهن، فكذلك بعد قبض العدل؛ فلا فرق بين قبضهما.

والقبض في الرهن قبض في عقد، فجاز التوكيل فيه ككُل قبض.

استدلوا بقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾

وذلك أن الله تعالى ذكر القبض في الرهن، مع ذكره المتداينين في السفر إلى أجل عند عدم الكاتب، وقد بيَّن رسولُ الله ـ ﷺ ـ القبض المشروع بإقباض الدرع من له الدين، وأما قبض غيره فلم يأت به نَصٌّ ولا إجماع، واشتراط أن يقبضه فلان لا صاحب الدين، شرط ليس في كتاب الله؛ فهو باطل

وفند بأن قبض العدل في معنى قبض المرتهن، فليس بمخالف لكتاب الله كما زعموا، وقد حصل المقصود من القبض، وهو لزوم الرهن، وتعلق حق المرتهن بالمرهون دون سائر الغرباء.

والقبض من تمام العقد، فتعلق بأحد المتعاقدين؛ كالإيجاب والقبول.

وهو قياس مع الفارق؛ لأن الإيجاب إذا كان لشخص كان القبول منه، لأنه يخاطب به، ولو وكل قبل أن يوجب له صح، وما ذكروه ينتقص بالقبض في البيع، وفيما يعتبر القبض فيه «٣» فتبين أن الحق مع الجمهور.

والقانون أخذ بنظرية الجمهور أشارت إلى ذلك المادة ٥٤٠/ ٦٦٢/ ٢٠٧٦ التي عرفت الرهن حيث جاء فيها: «الرهن عقد به يضع المدين شيئاً في حيازة دائنة، أو حيازة من اتفق عليه العاقدان».

اختلف العلماء في حبس المرهون على سبيل الدوام تحت يد المرتهن إلى الأداء، أو الإيراد.

فاختار الحنفية، والمالكية، والحنابلة على رأي أن الحبس الدائم تحت يد المرتهن شرطٌ لبقاء الرهن لازماً، فانبنى على هذا أنهم لا يجيزون للراهن أن يستردَّ المرهون لينتفع به، واختلفوا في حصوله على أجرته بوساطة تولي المرتهن إجارته لغيره نيابة عنه.

أجاز ذلك المالكية، ولا يتنافى هذا عندهم مع استمراره، إذ يكون المستأجر نائباً عن المرتهن في قبضه.

ومنعه الحنفية، والحنابلة، ورأوه منافياً للحبس الدائم.

ورأى الشافعية، وعطاء، والحنابلة، أنه ليس له حبسه على سبيل الدوام، فيباح للراهن استرداده إذا كان مما ينتفع به مع بقاء عينه، ولا يضره الانتفاع به؛ كالأراضي الزراعية، والدواب مثلاً، فإذا فرغ رده إلى المرتهن. أما ما تذهب عينه بالانتفاع؛ كالمطعوم، والشمع، وغاز الاستصباح مثلاً؛ فلا يجوز استرداده. =

. . . .

= احتج الحنفية، ومن معهم بقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾.
وجه الدلالة: أنها أفادت وجوبَ القبض، والظاهر أنه وَصْفٌ لازمٌ، وهذا يستلزم أن يكون المرهونُ مقبوضاً ما دام مرهوناً.
نقض هذا بالعارية، والغصب، والسرقة، ومحاولة الفرق بين استرداد الراهن وبينها ـ غير مقنعة، إذ يستطيع الراهن في العارية أن يجحد... الخ. وبأن القبض لما ثبت ابتداء، فقد ثبت بقاء؛ إذ هو متعلِّقٌ بالمحل، وما تعلق به، فالابتداء والبقاء فيه سواء؛ كالمحرمية في النكاح، وإذا ثبت وجوب القبض على سبيل الدوام قلنا: إنه لا معنى لحبس المرهون سوى دوام قبضه تحت يد المرتهن إلى قضاء الدين، أو الإبراء منه، فيكون حكماً للرهن.
ورد عليه: أن قياس الدوام على الابتداء قياسٍ مع الفارق؛ إذ يفتقر في الأول ما لا يفتقر في الثاني، والنقص السالف أيضاً.
وبأن الرهن إنما شُرع وثيقة للمرتهن يستوفي منها دينه عند مطل الراهن، أو إفلاسه، فيأمن على ماله من الذهاب على معنى أن يكون الرهن موصلاً إلى ذلك، وهو لا يحصل هذا المقصود إلا باستحقاق المرتهن حبس المرهون، ومنعه عن الخروج من حوزته إلا بإذنه، ما دام الدين باقياً؛ إذ لو لم يكن له هذا الحق، وكان للراهن أن يسترده للانتفاع به ـ لفات هذا المقصودُ وهو التوثُّق للاستيفاء والصيانة، فإذا لم ينقطع انتفاعه عنه ـ لم يكن هناك تألم، أو ضجر يحمله على المسارعة إلى قضاء الدين، على أنه يخشى أن يجحد الرهن والدين متى عاد إلى يده بمقتضى ماله من حق الاسترداد هذا، وقد علم أن العقود إنما شرعت؛ ليترتب عليها ما هو المقصود منها، وإذا فات المقصود من الرهن بثبوت حَقٌّ الاسترداد للراهن ـ وجب ألا يكون له هذا الحق وإذاً لا يكون إلا بدوام حبسه تحت سيطرة المرتهن، فوجب المصير إليه إذا أنعمنا النظر في هذا، رأينا أنهم قصروا سبيل الوصول إلى المقصود من الرهن، والحكمة التي شُرع لأجلها على الحبس الحقيقي، وجعلوا الرهن عديمَ الفائدة عند عدمه، ولكنه محل بحث، إذ الحبس الحكمي كافٍ في صيانة حق المرتهن، كما لو أعاره من الراهن، فالنقص وارد عليه أيضاً.
وتلافياً لما قد يحدث عن الاسترداد من الجحود لا يعاد إلا بالأشهاد، فإذا ما حل وقت الأداء، وبدا منه المطل ـ سلَّط الشارعُ عليه سلطان القضاء، فيلزمه بالتأدية، حتى إذا ما استمر في عناده باع الحاكم المرهون، أو ألزمه ببيعه، وقضى المرتهن دينه فلا يفوت المقصود.
وبأن الرهن في اللغة الحبس قال الله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾، أي: رهن؛ إذ لا جائز أن تكون رهينة مؤنث رهين؛ لأنه يستوي فيه المذكر والمؤنث، فمعنى الآية: كل نفس مرهونة بوبال ما اجترحته من الذُّنوب والخطايا.
وإذاً، ثبت أن معناه لغةً الحبس، لأن الله تعالى سمى العين التي ورد عليها عقدُ الرهن رهناً بمعنى مرهون، ثبت أن الحبس لدى المرتهن حكم شرعي للرهن؛ وذلك لأن للأسماء الشرعية دلالات بمعانيها اللغوية على أحكامها؛ لأنها مفهومة من اللفظ، ولا مانع من الجري على هذا المفهوم. وله نظير من الشرع فلفظ الطلاق، والحوالة، والكفالة قد اعتبر معناها اللغوي من أحكامها الشرعية اعترض بأن اللغة لا تنهض لإثبات حَقٌّ حبس المرهون على سبيل الدوام؛ إذ هي تدلُّ على مطلق الحبس، ولا شك أن المرهون محبوس حكماً بالدين، ولو لم يكن تحت يد المرتهن؛ لأن الراهن مغلول اليد من التصرف فيه بما يضر المرتهن بعد لزوم الرهن، فلا يباح له بيعه، أو رهنه، أو هبته من كل ما يعود على الدائن =

. . . .

= بالضرر؛ عملاً بقوله ـ ﷺ ـ: «لا ضرر ولا ضرار»، فلا مخالفة للغة مع عدم ثبوت حق الحبس للمرتهن، فليس حكماً للرهن.

يدل الشافعية، وعطاء، والحنابلة على أحد قوليهم ما روي عن النبي ـ ﷺ ـ: «لا يغلق الرهن الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه، وعليه غرمه»؛ إذ معنى قوله: «لا يغلق الرهن» لا يستحقه المرتهن بأن يدع الراهن قضاء حقه عند محله، ولا يستحق مرتهنه خدمته، ولا منفعة فيه بارتهانه إياه، ومنفعته لراهنه؛ لأن النبي ـ ﷺ ـ قال: «هـو من صاحبه الذي رهنه له غنمه»، ومنافعه من غنمه، وإذا كان للراهن الانتفاع بالمرهون، كما هو المتبادر من الحديث، إذ قد لا يتيسر مع حبسه عند المرتهن، تبين أن الحبس الدائم ليس حكماً للراهن.

فنّد الحنفية هذا الدليل بأنه لا حجة فيه؛ لأن معنى قوله ـ ﷺ ـ: «لا يغلق الرهن» لا يكون محبوساً حبساً كلياً لا رجوع فيه إلى صاحبه، على معنى أن يصير مملوكاً للمرتهن، فهذا ما نهى النبي ـ ﷺ ـ عنه بقوله: «لا يغلق. . . » إلخ، لا أنه لا يحبس أصلاً.

يؤيد هذا ما روي عن الزهري قال: «كانوا في الجاهلية يرتهنون، ويشترطون على الراهن إن لم يقض الدين إلى وقت كذا ـ فالرهن مملوك للمرتهن، فأبطل رسول الله ـ ﷺ ـ ذلك بقوله: «لا يغلق» وأيضاً فإن سعيد بن المسيب قرر هذا المعنى حين سُئل عنه، أهو قول الرجل إن لم يأت بالدين إلى وقت كذا، فالرهن بيعٌ لي في الدين، فقال: نعم.

وقوله ـ ﷺ ـ: «هو لصاحبه» تفسير للحديث على المعنى الذي ذكرنا، فلا يكون ملكاً للمرتهن بمقتضى ما اشترط.

ويؤيد هذا رواية: «الرهن من راهنه الذي رهنه»؛ إذ معناه: أنه باقٍ على ملكه، ولا يخرج عنه بالشرط.

والجواب أن العبرة بعموم اللفظ، لا بخصوص السبب، وأن تفسير سعيد إنما هو اجتهاد منه، فلا حجة فيه، وقوله ـ ﷺ ـ: «الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه» ـ صريح في أن منفعته لراهنه، وقد يتعذر استيفاؤها مع الحبس، ولا دلالة في حديث: «الرهن من راهنه» على أنه باقٍ على ملكه؛ لأن معناه أنه من ضمان راهنه بدليل: «وعليه غرمه» وسيأتي إيضاح أكثر في الانتفاع بالمرهون، والضمان.

وبأن المقصود من شرع الرهن التوثُّق، واطمئنان المرتهن على ماله؛ خشية الجحود أو المطل، وفي دوام حبسه عند المرتهن تفويتٌ لهذا المقصود؛ إذ ربما يهلك في يده، فيسقط من الدين بقدره على ما هو الحكم عندكم، فتكون الإضاعة لا التوثق.

ورد عليه أن المرتهن بمقتضى ما ثبت له من يد الاستيفاء، أعني الوصلة إليه، بالمعنى الذي بيّنا في دليلنا المعقول، ثبتت صيانة حق المرتهن عن الضياع، فلم يكن دوام حبسه تحت يده مفوتاً لما هو المقصود، بل محققاً له، إذ أن الهلاك ليس بغالب، فلا ينظر إليه.

والجواب: أن قصرهم الوصول إلى الدين على الحبس تحت يد المرتهن ممنوع؛ إذ يمكن بيعه، والاستيفاء منه عند التعذُّر بطريق القضاء، والإشهاد يمنع الجحود والإنكار، وكل ما رتَّبوه من المحظورات، مع أن في حبسه مراعاة لمصلحة المرتهن فقط، وإضراراً بالراهن، والنبي ـ ﷺ ـ ينهى عن الضرار: «لا ضرار ولا ضرار»، والإجابة بأن الهلاك نادر لا يلتفت إليه ـ واهية، إذ هذا إنما يكونُ عند تعين هذا الطريق مثلاً، وإذ قد تبين أنه غير متعين فسلوك طريق مقطوع بعدم ضرره أولى.

وبأن في دوام حبسه تحت يد المرتهن، مع منع الراهن من الانتفاع الذي يمكن الحصول عليه من =

وقبض المنقول يكون بالنقل، وقبض العقار، وما لا ينقل؛ كالأشجار الثَّابتة يكون بِالتَّخْلِيَةِ.

فإن امتنعَ الراهنُ عن تسليم الرهن ـ لا يجبرُ عليه؛ لأنه لم يأخذ عليه عِوَضاً، إلا أن الرهن إذا كان مَشْرُوطاً في البيع، ولم يسلم الراهنُ الرهنَ ـ يثبتُ للبائع فَسْخُ البيع.

وإذا سلم الراهنُ إلى المرتهنِ لزم من جهة الرَّاهِن، سواء كان مَشْروطاً في البيع، أو كان رهنَ تبرعٍ؛ فلا يجوز أن يستردَّ الرهن ما دام شَيْئاً من الحقِّ باقياً، وهو جائزٌ من جهة الْمُرْتهِنِ متى شَاءَ رَدَّهُ.

ولو رهن شيئين، وسلَّم أحدهما ـ كان ما سلم مرْهُوناً بجميع الحقِّ.

وقال أبو حنيفة: يكون مَرْهوناً بِحصَّتِه.

وبالاتفاق: لو سلمها إليه، ثم أدى نصف الحق ـ لا يفتكُّ أحدهما.

وكذلك لو تلف أحدُهما بعد التسليم ـ يكون الآخر مرهوناً بجميع الحَقِّ.

ولو رهن داراً، وسلم فانْهَدَمَتْ تكون الْعُرْصَةُ وآلاتُ البناءِ مرهونةً بجميع الحقِّ، ويشترطُ أن يكون المتراهنان مُكَلَّفينِ مطلقينِ، حالة الرَّهْنِ وحالة القبض.

فلو رهن في حال الإطلاق، ثم جُنَّ أحدهما؛ أو حُجِر عليه بالسَّفَهِ أو بِالْفَلَس، فقبض في تلك الحالة ـ لا يصحُّ القبضُ، سواء كان أَذِنَ له في القبض حالة الإطلاق، أو لم يأْذَنْ.

ولو كانا مُكَلَّفَيْن مطلقين حالة الرهنِ والقبضِ، ولكن تخلل بينهما حالةُ جُنُونٍ أو إغماءٍ أو حَجْرٍ ـ لا يبطلُ الرَّهْنُ.

= المرهون ـ تعطيلاً للعين التي ينتفع بها؛ وذلك لأن المرتهن أيضاً ممنوعٌ من الانتفاع، والتعطيل تسبيب، وهو من أعمال الجاهلية التي ورد الشرع بتحريمها: «وَلاَ سَائِبَةٍ»، وما كان ذلك إلا من استمرار الحبس عند المرتهن، فلا يصح أن يكون حكماً للرهن.

ومنع أن في دوام الحبس تسبيباً؛ إذ الراهن بعقد الرهن، وقبض المرتهن ـ أصبح موفياً في حق الحبس، والمرتهن صار مستوفياً هذا الحق، والإيفاء والاستيفاء من المنافع المقصودة من الأحوال، فلا تسبيب، فصح أن يكون حبسه في يد المرتهن حقاً ثابتاً له، فوجب القول به.

والجواب أن هذا لا يتفق والسنة: «وله غنمه وعليه غرمه»، والحبس الحكمي كافٍ كما أسلفنا.

هاتان نظريتان متقابلتان، إحداهما: للحنفية ومن معهم، والأخرى للشافعية ومن معهم، وغير خافٍ أن في الأخذ بوجهة الشافعية ومن معهم جمعاً بين المصلحتين مصلحة الراهن والمرتهن؛ إذ يباح الانتفاع للأول في حدود لا تمس الثاني من قرب أو من بعد، هذا ما بدا لي ـ والله أعلم بالصواب. ينظر: نص كلام الشيخ حسن مصطفى في «الرهن» وينظر: تلخيص (٨/ ٤١٤، ٤٤٤)، العزيز (٨/ ٤٤١)، المغني (٤/ ٣٧١)، العناية (٨/ ١٩٣)، متن المهذب (٤/ ٣٠٤، ٣٠٥)، المنتقى (٥/ ٢٤٨)، الأم (٣/ ١٢٣).

ويصحُّ القبضُ بعد زَوَالِهِ، بخلاف الشَّرِكَةِ والْوِكَالَةِ، يبطلان بالْجُنونِ والإغماءِ؛ لأنهما لا يُفْضِيانِ إلى اللزوم.

والرهن يُفْضي إلى اللزوم؛ كالبيع في زَمَانِ الْخِيارِ، لا يبطل بجنونِ أَحَدِ المتبايعين؛ لأنه يُفْضي إلى اللُّزوم بمضيِّ الخيار.

ثم إذا جُنَّ أحدُهما، أو حُجِرَ عليه بعد الرهن وقبل القبض ـ فالقاضي ينصب قَيِّماً في ماله.

فإن جُنَّ المرتهنُ، أو حُجِرَ عليه فَقَيِّمُهُ يقبض الرهن إن سلم إليه.

وإن لم يسلم، وكان الرهنُ مَشْرُوطاً في البيع، فإن رأى النظر في فَسْخِ البيع ـ فسخ، وإلا فلا.

وإن جُنَّ الراهن؛ أو حُجِر عليه، ليس لِقَيِّمِهِ تسليمُ الرهن، إن لم يكن مشروطاً في البيع.

وإن كان مشروطاً في البيع، ولم يخف الفسخ من المُرْتَهِن، أو كان نظره في الفسخ ـ لا يسلم الرهن، وإن خاف الفسخ ونظره في الإجارة ـ يُسلّم الرهن.

وإن مات أحدُ المتراهنين فَوَارِثُه يقوم مقامه في التَّسليم والقبض، ولو قَبَض المرتهنُ الرهنَ بغير إذنِ الراهن ـ لا يصحُّ، وعليه رَدُّه، ولو أَذِنَ له في قبضه، ثم رجع قبل قبضه ـ لا يجوز أن يقبضه بعده، ولو جُنَّ أو أُغْمِي عليه بعد الإذن ـ بطل الإذنُ.

ولو أودعه الرَّاهن، أو أعاره من المرتهن ـ لا يَحْصُلُ به قبضُ الرَّهْنِ.

ولو دفع إليه مطلقاً؛ فيه وَجْهَانِ:

أحدُهما: يقع عن الرهن؛ كما لو باع شيئاً، ثم سلم إلى المشتري ـ يقع عن البَيْعِ.

والثاني: يكون وَدِيعةً بخلاف البيع؛ لأن التَّسليم تَمَّ واجبٌ، فوقع مطلقه عن الواجب، وتَسْلِيم الرَّهْنِ غيرُ واجبٍ؛ فلم يقع مطلقه عنه.

فإذا كان الرهنُ في يَدِ المرتهنِ، فقال الرَّاهِنُ: ما أقبضتك رَهْناً بل أودعتُك، أو أكريتك، أو أجرت من فلان فأسكنك، أو قَبَضْتَ بغير إذْنِي.

وقال المرتهنُ: [لا][(١)]، بل أقبضتني رَهْناً، فالقولُ قولُ الرَّاهِن مع يمينه، فإن اتفقا على الإذن، فقال الرَّاهِنُ: رجعتُ قَبْلَ الْقَبْضِ، وقال المرتهنُ: لم ترجع ـ فالقولُ قولُ المرتهن مع يمينه؛ لأن الأصلَ بقاءُ الإذْنِ، وعدم الرجوع.

(١) سقط من ظ.

فإن اتفقا على الإذْنِ، فقال الرَّاهِنُ: لم يقبض، وقال المرتهن: بل قبضت ـ نظر:

إن كان الرهنُ في يد المرتهن ـ فالقولُ قولُه مع يمينه.

وإن كان في يَدِ الرَّاهِن، فالقولُ قولُه مع يمينه؛ لأن اليدَ تصدقه.

ولو شرطا وَضْعَ الرَّهْنِ على يَدْي عدلٍ، فقال الرَّاهِنُ: دفعته إلى العَدْلِ، وصدقه المرتهن، وأنكر العدل ـ فالقولُ قولُ العدل مع يمينه، ولا خيار للمرتهن؛ لأنه مُقِرٌّ بحصول التَّسليم.

ولو كان الرهنُ في يَدِ أحدِ المتراهنين، واتفقا على التَّسليم إلى الْعَدْلِ، وأنكر العدلُ ـ فلا معنى لإنكار العدلِ بعد اتفاقهما على لُزُومِ الرَّهْنِ.

فـإن اتفقا على إقرارِهِ في يَدِ المرتهنِ، وإلا وضعه الحاكم على يَدَي عَدْلٍ.

ولو أن الراهن باع الرهن قبل التسليم، أو رهنه من غيره، وأقبضه، أو رهنه فَسَلَّمه، أو جعله صَدَاقاً لزوجته، أو جعله أجرة دار ليستأجر بها، أو كان عبداً فأَعْتَقَهُ أو كاتَبَهُ، أو كانت جارية فَوَطئها وأحبلها ـ بَطَلَ الرهنُ.

ولو أجره، أو كانت أمة فَزَوَّجها ـ صَحَّ التزويج والإجارة، ولا يبطلُ الرهنُ.

وكذلك لو وَطِئها ولم يحبلها ـ فالرهنُ بحاله، ولو دبره قبل التسليم.

قال الشافعيُّ: يبطلُ الرَّهنُ.

وقال الربيعُ: تخريجاً لا يبطل؛ لأنه يمكنه الرجوعُ عن التَّدْبيرِ، والأولُ المذهبُ؛ لأن مقصودَ التَّدْبير مُنافٍ لمقصودِ الرَّهْن، فصار بالتدبيرِ راجعاً عن الرهن.

ولو رهنه من غيره، ولم يقبضه، أو وهبه فلم يسلم ـ فعلى قياس ما قال الشافعي؛ يبطلُ الرهنُ الأولُ، وعلى ما خَرَّجَهُ الربيعُ، لا يبطل.

ولو رهن جزءاً شائعاً من شيءٍ، يجوز، ويكون تسليمُه بتسليم كله. وعند أبي حنيفة: رهنُ المشاع لا يجوز، سواء رهن من شريكه أو من غيره[1].

---

(١) ذهب «مالك» و«الشافعي» و«أحمد» و«ابن أبي ليلى»، و«البتيّ» و«الأوزاعي»، و«سوار» و«العنبري» و«أبو ثور» والظاهرية إلى جواز رهن المُشَاع.

ويرى الإمام «أبو حنيفة» وأصحابه أنه لا يجوز رهنه أمكنت قسمته أم لا، سواء في هذا الشريك والأجنبي.

وفصل «الحسن بن صالح» إن كان مما لا يقسم جاز ولا يجوز فيما يقسم.

احتج الجمهور بأن المُشاع عين يجوز بيعها، وكل ما يجوز بيعه يجوز رهنه، إذ المقصود من الرهن الاستيثاق بالدين؛ للتوصل إلى استيفائه من ثمن المرهون إن تعذر الوفاء من ذمة الراهن، وهذا يتحقق في المُشاع.

=

. . . .

= أيد الحنفية رأيهم بأن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء (ملك اليد) على معنى اختصاص المرتهن بالمرهون على جهة الحبس، وثبوت اليد بالحبس إنما يكون على ما تناوله العقد، وما تناوله مُشاع، وهو لا يتصور فيه ملك اليد إذ هي لا تثبت إلاّ على معين، فإذا انتفى التعين بالشيوع انتفت يد الاستيفاء وإذا انتفى ملك اليد الذي هو موجب العقد كان العقد غير معتبر شرعاً؛ لأن العقود إنما شرعت؛ لتترتب عليها أحكامها، وإذا تبين أن الشيوع مانع من تحقق مقتضى العقد كان رهنه باطلاً.

ودفع ـ ثبوت يد الاستيفاء الذي عدوه موجب عقد الرهن، مدللين عليه بأن الاستيفاء الحقيقي يفيد ملك العين وملك اليد، وبما أن عقد الرهن وثيقة استيفاء، فيفيد ملك اليد ـ بالمنع إذ لا تلازم بينهما.

وبأن الرهن لا بد فيه من دوام الحبس تحت يد المرتهن إلى الاستفاء، أو الإبراء والشيوع ينافيه، ولهم على الشطر الأول دليلان:

أحدهما: أنه لم يُشْرَعْ إلا مقبوضاً ﴿فَرِهانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾.

وثانيهما: أن المقصود من الرهن التوثق؛ لاستيفاء الدين بمنع الراهن من الانتفاع به؛ كي يسارع إلى قضائه، فيأمن المرتهن على ماله من الضياع. وكلا الوجهين كونه لم يُشْرَع إلا مقبوضاً، وكون المقصود من التوثق يقتضي دوام الحبس، إما بالنظر للمشروعية، فقياس الدوام على الابتداء الذي سلف في استدامة القبض، وإما بالنظر إلى المقصود منه، وهو: التوثق، فهو أن الرهن إنما شرع؛ وثيقة للمرتهن يستوفي منها دينه عند مطل الراهن، أو إفلاسه، فيأمن على ماله من الذهاب على معنى: أن يكون الرهن موصلاً إلى ذلك، وهو لا يحصل هذا المقصود إلا باستحقاق المرتهن حبس المرهون، ومنعه عن الخروج من حوزته إلا بإذنه ما دام الدين باقياً؛ إذ لو لم يكن له هذا الحق وكان للراهن أن يسترده، للانتفاع به لفات هذا المقصود، وهو التوثق؛ للاستيفاء والصيانة، فإذا لم ينقطع انتفاعه عنه لم يكن هناك تألم أو ضجر يحمله على المسارعة إلى قضاء الدين على أنه يخشى أن يجحد الرهن، والدين متى عاد إلى يده بمقتضى ماله من حق الاسترداد، وقد علم أن العقود إنما شرعت؛ ليترتب عليها ما هو المقصود منها، وإذا فات المقصود بالاسترداد، وجب ألا يكون له هذا الحق، وذا لا يكون إلا بدوام حبسه في يد المرتهن، فوجب المصير إليه.

وعلى الشطر الثاني: أن دوام الحبس على جهة اللزوم إلى الأداء، أو الإبراء متوقف على استحقاق المرتهن ذلك، ولا استحقاق؛ لدوام الحبس في المشاع إذ لا بد فيه من المهايأة، وبدهي أن المهايأة تنافي استحقاق الحبس الدائم، ألا ترى أن قول الراهن: رهنتك نصف داري هذه بمنزلة قوله: رهنتك هذه الدار يوماً ويوماً لا، فيكون دوام الحبس غير مستحق، وإذا ظهر أن الشيوع ينافي استحقاق الحبس على الدوام، وجب أن يكون المرهون مقسوماً منفصلاً غير مشاع، وما يحتمل القسمة وغيره في هذا سواء، ولا ترد الهبة إذ تصح مع الشيوع، إذ كان الموهوب لا يحتمل القسمة؛ لانتفاء الضرر الناشىء من تحمل مئونة القسمة؛ لأن حكمها ثبوت الملك والشيوع غير مانع منه، كما في البيع، ولا فرق بين الرهن من الأجنبي ومن الشريك، وهو واضح في الأجنبي؛ لما تقدم وأما بالنسبة للشريك؛ فلأن المشاع لا يقبل الرهن على الوجهين.

إما على الأول وهو: ثبوت ملك اليد؛ فلأنه لا يثبت إلا على معين، وإما على الثاني؛ فلأن الشريك إنما ينتفع يوماً بحكم المِلْك، ويحبسه آخر بحكم الرهن، فكأن الرَّاهِنَ رهَنَ يوماً ويوماً لا، ولا شك أن هذا يفوت دوام الحبس. =

. . . .

= وتعقب هذا بأنه شرع مقبوضاً في الابتداء، وقياس الدوام عليه مع الفارق وبأن الحبس الحكمي كافٍ في صيانة حق المرتهن، كالإعارة والغصب والسرقة ويمكن أن يوجه الرأي المفصل بقياس رهن المشاع الذي لا يقسم على هبة ما لا يحتمل القسمة. وما نوقش به الحنفية يناقش به المذهب المفصل؛ لأنه يعتمد أدلتهم فيما يقسم، وما لا يقسم يقيسه على الهبة، والذي يعنينا إبطال الشق الأول فقط.

وأما الثاني فهو مع الجمهور، فوجهتهم صالحة؛ للتدليل عليه، وقد تبين أنها سالمة، فدلت على مدعاهم.

وأزيد هذا الموضوع بياناً فأسرد ما دار في مناظرة بين الإمام «الشافعي»، وبين أحد المانعين لرهن المشاع وادعائه أنه لا يجوز إلا مقبوضاً مقسوماً لا يخالطه غيره محتجاً بقوله تعالى: ﴿فَرِهانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾، فقال الإمام: لِمَ لَمْ يجز إلا مقبوضاً مقسوماً، وقد يكون مقبوضاً وهو مشاع غير مقسوم؟ فسأله المانع متعجباً كيف يكون مقبوضاً وأنت لا تدري أي: الناحيتين هو؟! وكيف يكون مقبوضاً في العبد وهو لا يتبعض؟! فقال الإمام: كأن القبض إذا كان اسماً واحداً لا يقع عندك إلا بمعنى واحد، وقد يقع على معانٍ مختلفة.

فقال مناظره: بل هو بمعنى واحد فقال الإمام: أو ما تقبض الدراهم والدنانير، وما صفر باليد وتقبض الدور بدفع المفاتيح والأرض بالتسليم.

فأجاب مناظره: بلى.

فقال الإمام: فهذا مختلف.

قال مناظره: يجمعه كله أنه منفصل، لا يخالطه شيء.

فقال الإمام: قد تركت قولك الأول، وقلت آخر وستتركه إن شاء الله ـ تعالى ـ.

فقال الإمام: فكأن القبض لا يقع أبداً إلا على منفصل لا يخالطه شيء.

فأجاب مناظره: نعم.

فقال الإمام فإني لما اشتريت أردت نقض البيع، فقلت: باعني نصف دار مشاعاً لا أدري أشرقي الدار يقع أم غربيها، ونصف عبد لا ينفصل أبداً ولا ينقسم وأنت لا تجيزني على قسمه؛ لأن فيه ضرراً، فأنا أفسخ البيع بيني وبينك.

فأجاب مناظره قائلاً ليس ذلك لك، وقبض نصف الدار ونصف الأرض ونصف العبد ونصف السيف أن تسلمه، ولا يكون دونه حائل.

فقال الإمام: أنت لا تجيز البيع إلا معلوماً، وهذا غير معلوم.

قال مناظره: هو وإن لم يكن معلوماً بعينه منفصلاً، فالكل معلوم ونصيبك من الكل محسوب.

قال الإمام: وإن كان محسوباً فإني لا أدري أين يقع؟

قال المناظر: أنت شريك في الكل.

قال الإمام: فهو غير مقبوض؛ لأنه ليس بمنفصل، وأنت تقول فيما ليس بمنفصل لا يكون مقبوضاً، فيبطل به الرهن، وتقول: القبض أن يكون منفصلاً.

قال مناظره: قد يكون منفصلاً وغير منفصل.

قال الإمام: وكيف يكون مقبوضاً، وهو غير منفصل؟!

أجاب بأن الكل معلوم، وإذا كان الكل معلوماً، فالبعض بالحساب معلوم. =

وبالاتفاق: والإشاعة الطارئة لا تبطلُ الرَّهْن، بأن يبيعَ نِصْفَ الرَّهْن من المرتهن؛ فيبقى الرهنُ في الباقي شائِعاً.

وإذا كان بين رجلين دار، فرهن أحدهما نصيبه من بيت فيها بغير إذن شريكه ـ فيه وجهان:

قال الشيخ: والمذهبُ عندي: أنه لا يجوز.

وكذلك لو باعه؛ لأنهما إذا اقْتَسَمَا ربما يقع هذا البيعُ في نصيب شَرِيكِهِ، فإن رهن بإذن شريكه جَازَ.

ولو أن الراهن أعار الرَّهْن من المرتهن، أو أكراه منه ـ يجوز. ولا يبطلُ الرهن.

وكذلك لو أكرى داراً من إنسان، ثم رهنها منه ـ يجوز. ولا يمنع اجتماع الإجارة ـ والرَّهْنِ.

وعند أبي حنيفة: الإجارةُ والرهنُ لا يجتمعان، فأيهما تأخَّر رفع الأولُ.

وبالاتفاق: لو أعارَ من المرتهنِ لا يرتفع الرَّهْنُ.

وإن كانت الإجارةُ قبل تسليم الرَّهْنِ، ثم سلم إليه من جهة الإجارة ـ لا يَحْصُلُ به قَبْضُ الرهن.

= قال الإمام: فقد تركت قولك الأول، وتركت قولك الثاني، فلم إذا كان هذا كما وصفت يجوز البيع فيه، والبيع لا يجوز إلا معلوماً فجعلته معلوماً، ويتم بالقبض؛ لأن البيع عندك لا يتم حتى يقضي على صاحبه بدفع الثمن إلا مقبوضاً، فكان هذا عندك قبضاً زعمت أنه في الرهن غير قبض، فلا يعدو إما أن تكون أخطأت بقولك: لا يكون في الرهن قبضاً أو بقولك: يكون في البيع قبضاً.

ثم ذكر الإمام القبض الشرعي بما يتفق، وما ذكرناه في بيان حقيقة القبض الشرعي آنفاً، ثم قال: «الشافعي»: ولم أسمع أحداً عندنا مخالفاً فيما قلت من أنه يجوز فيه الرهن، والذي يخالف لا يحتج فيه بمتقدم من أثر، فيلزم اتباعه، ولا بقياس ولا معقول، فيغيبون في الاتباع الذي يلزمهم، أن يفرقوا بين الشيئين إذا فرقت بينهما الأثار حتى يفارقوا الآثار في بعض ذلك؛ لأن يجزئوا الأشياء زعموا على مثال ثم تأتي أشياء ليس فيها أثر، فيفرقون بينها، وهي مجتمعة بآرائهم ونحن وهم نقول في الآثار: تتبع كما جاءت، وفيما قلت وقلنا بالرأي: لا نقبل إلا قياساً صحيحاً «١».

وأن هذه المناظرة لتدلنا دلالة واضحة على أن ثبوت ملك اليد والحبس الدائم لَيْسا بموجودين عند المتقدمين من الحنفية، ولم يجر ذكرهما قطّ، ويغلب على الظن أن إماماً من أئمة الحنفية هو الذي ناظر الإمام «الشافعي»، فلو كانا يصلحان في نظره؛ لما ترك الحجاج بهما، وقدتبين ضعف اعتبارهما من أحكام الرهن فيما سلف وإذاً فقد أسفر الصبح وتبين أن رهن المُشاع جائز، وأن المقصود من الرهن بيع المرهون؛ ليقضي من الدين عند تعذر الوفاء من الراهن، وهو متحقق في المشاع. ينظر: نص كلام الشيخ حسن مصطفى في «الرهن»، وينظر الأم (٣/١٦٨، ١٦٩).

فإن سلم عنهما جميعاً ـ جاز وتمَّ الرهنُ.

وإن سلم عن الرهن دون الإجارة ـ جاز عنهما؛ لأن التَّسْليم عن الإجارةِ مستحقٌّ؛ فيقع عنه.

ولو أن المرتهنَ أَوْدعَ الرهنَ من الراهنِ بعد ما قبضه ـ لا يبطل الرهنُ. وإقرارُ الرَّاهِنِ بإقباض الرهن مقبول عند الإمكان.

فإن قال: رهنت اليوم داراً ببلد كذا من فلان وأقبضته ـ وهو غائب عن تلك البلْدة ـ لا يصحُّ الإقرار؛ لأنه لم يمض زمانُ إمكان الْقَبْضِ.

فلو أقر في موضع الإمكان ثم أنكر، وقال: ما أقبضت ـ لم يقبل قوله، وهل له تَحْلِيفُ المرتهنِ؟

اختلف أصحابُنا فيه، فمن أصحابنا من قال: لَهُ تحْلِيفُهُ على أنه أَقْبَضَهُ؛ لأنه يحتملُ أن يكونَ إقرارُ الرَّاهِن بالإقباض وَعْداً منه بأن يقبضه لا في حقيقة.

وقال أبو إسحاق: ليس له تحليفُه، وهذا أصح؛ لأنه يكذب نفسه بالإنكار، إلا أن يؤول الإقرار الأول تأويلاً، فيقول: كنت أقبضتُ باللِّسانِ، وظننت أنه صحيحٌ فأقررت، أو ورد على كتاب من وَكِيلي أنه أقبضه فأقررت بذلك، فبان أنه كان مُزَوَّراً؛ حينئذٍ تُسمع دعواه، ويَحْلِفُ الْمُرْتَهِنُ.

ولو رهن شيئاً، وهو في يَدِ المرتهنِ حالَةَ الْعَقْدِ، أو وهب منه وهو في يد الْمُتَّهِب ـ فيشترط مُضِيّ إمكان القبضِ.

وقيل: لا يشترطُ الإذنُ في القبض؛ كما في البيع.

والأول المذهبَ بخلاف البيع: لا يُشترط فيه الإذنُ؛ لأن الإقباض تمَّ واجب؛ فوقع القبضُ الْمُستدِيمُ عن الواجب.

وفي الرَّهْن والْهِبةِ ـ لا يجب الإقباض، فيشترط الإذنُ في القبض؛ لأن القبضَ المستدامَ ليس قَبْضَ رهْنٍ ولا هِبَةٍ.

فإن لم يشترط الإذن في القبض ـ فمضيُّ الإمكان من وقتِ العقدِ، وإن شرطنا فيكون مضي إمكان القبض من وقت الإذن في القبض، حتى يجوزَ ـ للرَّاهن الرجوعُ فيه قبله.

ولو تَلِف الرهنُ قبله ـ كان للمرتهن فسخ البيع، إن كان الرهن مَشْرُوطاً فيه؛ كما لو تلف في يَدِ الرَّاهِنِ.

ومضي إمكان القبض، هو أن يمضي من الزمان قدر ما يمكنه المصيرُ إليه، ونقله حيث ما كان.

وهل يشترطُ أن يَحْضُرَه ويشاهدَهُ، أو يَبْعَثَ إليهَ وكِيلَهُ لِيُشَاهِدَهُ؟ ـ فيه وجهان:

أحدهما: يشترطُ، وهو ظَاهِرُ النَّصِّ ليعلم بَقَاؤُهُ.

والثاني ـ وهو الأصحُّ: لا يشترط؛ لأن الأصْلَ بَقَاؤُهُ، والنصُّ محمول على الاحتياطِ.

فإن قلنا: يشترطُ أن يحضره، هل يشترط أن ينقله؟ ـ:

فيه وجهان:

أحدهما: يشترطُ؛ لأن قَبْض المنقولِ يكون بالنقلِ.

والثاني ـ وهو الأصحُّ: لا يشترط؛ لأن النقل للإخراج من يَدِ الراهن والعين ههنا في يد المرتهن؛ فلا مَعنى للنَّقْلِ.

فَصْـــلٌ

ولو غَصَبَ شيئاً، ثم رهنه المالك من الْغَاصِب ـ صَحَّ الرهنُ؛ ولا يزولُ ضمانُ الْغَصْبِ.

وقال أبو حنيفة: يَزولُ ضَمَانُ الْغَصْبِ، وهو اختيارُ الْمُزَنِيِّ؛ كما لو أودَع المغصوبُ من الْغَاصِبِ ـ يزوُلُ ضَمَانُ الغَصْبِ.

قلنا: لأن الوديعةَ مع الضَّمانِ لا تجتمعان؛ بدليل أن الْمُرْتَهِنَ لو تَعَدَّى في الرهن يصير مضموناً عليه مع بقاء الرَّهْنِ، فإذا لم يمنع دوام الرهنُ ابتداء الضَّمان مع قُوَّةِ الدوام، فلأن لا يرفع ابتداء الرهنُ دوامَ ضَمَانِ الْغَصْبِ مع ضعف الابتداء ـ أولى.

وكذلك لو وَكَّلَ المالكُ الْغَاصِبَ ببيع المغصوب أو إعتاقه، أو أجره منه أو قَارَضَهُ، أو كانت جَارِيَةً فَزَوَّجَهَا منه ـ يصحُّ التوكيلُ، والإجارَةُ، والتزويجُ؛ ولا يزولُ ضَمَانُ الْغَصْبِ.

وكذلك المقبوضُ بحكم شِرَاءِ الْفَاسِدِ، أو بحكم الْعَارِيَّةِ، والسَّوم إذا وهبه المالك منه ـ يَصِحُّ الرهنُ.

وإذا أذن في قبضه تَمَّ الرهن، ولا يـزول ضَمَانُ الغصبِ.

فَصْـــلٌ

يجوزُ للحاكمِ والوليِّ أن يَرْتَهِنَ للصَّبِي، وللمجنون، وللمحجورِ عليه بِالسَّفَهِ، وأن يَرْهَنَ ماله، بِشَرْطِ النَّظَرِ.

وصورةُ الارتهان بشرط النَّظَر: أن يكون له دَيْنٌ مؤجلٌ في ذِمَّةِ إنسان ورثه، فتبرع مَنْ

عليه الدينُ بِرَهْنٍ سَلَّمَهُ إليه؛ يجوز أن يَرْتَهِنَ.

أما إذا كان الدين حالاً، فلا يجوز أن يُؤَخِّرَه بالارتهان.

وكذلك لو أقرض ماله عند ضرورة، فارتهن، أو بَاعَ من ماله شيئاً نَسِيئةً بأكثر من ثمنِهِ؛ كما هو العادة؛ مثل: إن باع ما يُساوي مائةً بمائة وعشرين، أو باع نَسِيئَةً، وارتهن بالثَّمَنِ ـ يجوز.

أما إذا باع ماله نَسِيئةً بثمن النقد، أو أقرضَ مالَهُ من غير ضَرُورةٍ فارتهن ـ فلا يَجُوزُ.

وإذا سلم: فالولي والآخذ ضَامِنانِ للمال يُطالَبَان به، والقرارِ على مَنْ تَلِفَ في يَدِهِ. والارتهان فَاسِدٌ، غير أنه أمانةٌ في يده.

وصورةُ الرهن على النَّظَرِ، أن يكون الصبيُّ محتاجاً إلى النفقة والكُسْوةِ، أو أداء حَقٍّ وجَبَ عليه، أو مؤنة ضَيْعةٍ، فاستقرض له وليُّه شيئاً إلى أن يُدْرِكَ ـ فله ضَيْعَتُهُ، أو له دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ على إنسان ينتظر حُلُولَ أجله، أو له مَتَاعٌ كَاسِدٌ يرجو إنفاق سوقه، ورهن بما استقرض شيئاً من ماله ـ يجوز.

فإن لم يكن له مَالٌ مُنْتَظرٌ يُؤدّي منه الدَّين ـ فبيع ما نريد رَهْنَهُ من ماله في الحَالِ لنفقته ـ أولى من الاستقراض؛ لأنه ربما يتلف الرهن؛ فيبقى الدَّيْنُ عليه.

وكذلك لو وجد الْوليُّ ضيعةً تباع، وللصَّبِيِّ في شرائها غِبْطَةٌ، ولا ثمن له في الْحَالِ، فاشتراها بِدَيْنٍ وَرَهَنَ شيئاً من ماله، أو كان زمان نهب، فاشترى له عِقاراً، أو رَهَنَهُ بثمنه، أو اشترى له ما يساوي ألفين بألف نَسِيئَةً، ورهن من مَالِهِ ما يساوي ألفاً، إذا كان لا يُباعُ إلاَّ بالرهن ـ فكل ذلك جَائِزٌ؛ لما فيه من النَّظَرِ.

ولو رَهَن بألفٍ للثمن ما يساوي ألفين ـ لا يجوز.

وكلُّ موضع جوزنا الرَّهْنَ يَجِبُ أن يرهن من أمين، يجوز الإيداع عنده، ولا فرق بين الأب والجدِّ، وغيرهما من الأَوْلِيَاءِ، غير أن الأب والجد يجوز لهما أن يَرْهَنا لأنفسهما من مَالِ الصَّبِيِّ ويرهنا منه.

ويَتولَّيَان طَرَفي العقدِ، ولا يجوزُ ذلك لغيرهما من الأولياءِ.

وهل يُشْترطُ لَفْظانِ؟

فيه وجهان: كما قلنا في البيعِ.

وهل يُشترط مُضِيُّ إمكان القبضِ أم لا؟

إن قلنا: يشترطُ لَفظانِ، يشترط مضيُّ إمكان القبض، وإلا فلا.

فإن قلنا: لا يشترط مُضِيُّ إمكان القبض لا يشترط النَّقْلُ، وإن قلنا: يشترطُ فهو كما

لو رَهَنَ شَيْئاً هو في يَدِ الْمُرْتَهِنِ.

ولو كان له على ولده الصغير دَيْنٌ ـ فلا يجوز أن يرتهن به شيْئاً؛ لأنه رَهْنٌ تبرُّع، وليس له أن يتبرَّع بمالِ الطِّفل، إلا أن يشتري له من نَفْسِهِ شيئاً بشرط الرهن ـ فيجوز.

ويجوزُ للمكاتب أن يرهن ماله بشرط النَّظَرِ؛ كَوَلِيِّ اليتيم، وهل له الارتهانُ؟

ظاهرُ نَصِّهِ ههنا يدلُّ على أنه يبيع بالدَّيْنِ ويرتهن، وقال في الكتابة: غير أن المكاتب لا يبيع بِالدَّيْنِ.

واختلف أصحابُنا فيه، فمنهم من قال: لا يجُوزُ أن يبيعَ بالدَّيْنِ ويرهن؛ لأنه أحسنُ حالاً من المولى عليه؛ فإن المولى عليه لا يَنْفُذُ تصرفُه، والمكاتب ينفذ تَصرُّفه، وحيث قال، لا يبيعُ بدينٍ، أراد به إذا لم يأْخُذْ رَهْناً.

ومنهم من قال: ليس له أن يبيع بالدَّيْن، وما قال ههنا أراد به إذا باع بثمن مُعَجَّلٍ، فقال المشتري: خُذْ رهناً حتى آتيك بالثمن من البيت ـ فيجوز.

والعبد المأذون له في التِّجارة؛ كالمكاتب إن دفع إليه السيد مالاً يَتَّجِرُ فيه.

وإن لم يدفع إليه مالاً، بل قال: اتَّجِرْ بجاهك ـ فله أن يبيع ويشتري في الذمة حالاً ومؤجلاً، ويرهن ويرتهن؛ لأنه لا ضرر فيه على الْمَوْلى، فإن حَصَلَ فيه فضل فهو للسيد، ثم هو فيه كالمكاتب.

فَصْــــلٌ

ما لا يجوز بيعه لا يجوز رَهْنُه؛ كالحر؛ وأمِّ الولد، والمكاتب، والْوقْفِ؛ لأن المقصودَ من الرهن بَيْعُهُ عند المحل، واستيفاء الحقِّ من ثَمَنِهِ، ولا يجوزُ بيعُ هذِهِ الأشياءِ.

وكذلك لا يجوزُ ما لا يقدر على تَسْلِيمه، كالعبدِ الآبِقِ، والطَّيْرِ الْمُنْفَلِتِ.

ولا رهن المجهول؛ كما لا يجوز بيعه، إلا المبيع قبل القبض؛ فإنه لا يجوزُ بيعه، ويجوز رهنُه في قول.

وكذلك بيعُ الأم، ولها ولد صغير دون سَبْعِ سنين ـ لا يجوز دون الولد في قول، ويجوز رَهْناً؛ لأنه لا تفْرِيقَ فيه، فإن منفعةَ الرَّهْنِ تكونُ للراهن؛ فيمكنها تَعَهُّدُ الولدِ.

ثم إذا احتيج إلى بيع الأم في الدَّيْن ـ تباع مع الولد، ويوزع الثمنُ على قيمتهما، فما قابل الأم يصرف إلى دَيْنِ المرتهنِ، وما قابل الْوَلَدَ للرَّاهِنِ.

وكذلك لو جُنَّتِ الأم ولها ولد صغير ـ تُبَاعُ مع الولدِ بقدر قيمة الأمِّ للمجنيِّ عليه.

وكذلك لو باع عَبْداً مسلماً من كافر ـ لا يجوز على أَصَحِّ القولين.

ولو باع منه مُصْحَفاً، أو شيئاً من أخبار النبي ـ ﷺ ـ لا يَصِحُّ على ظَاهِرِ المذهب.

ويجوز الرهنُ على ظاهر المذهب، فيوضع على يَدِ مسلم عَدْلٍ، وكلُّ ما جاز رهنُه إلا الْمُدَبرُ، والمعلَّق عِتْقُهُ بصفة ـ يجوز بيعه، ولا يجوزُ رهنه في قَوْلٍ.

وكذلك المنافعُ يجوز بيعُها بلفظ الإجارة، ولا يجوز رَهْنُها.

وكذلك لو كان له دَيْنٌ في ذِمَّةِ ـ إنسانٍ ـ جاز بيعُه منه، والاستبدال عنه، ولا يجوز رَهْنُهُ.

ولو رَهنَ عبداً، ثم أعتقه الرَّاهِنُ بعد التسليم ـ هل يعتق؟

فيه ثلاثةُ أقوال:

أحدهما: يعتق؛ وبه قال أبو حنيفة، سواء كان موسراً أو معسراً؛ لأنه أعتق مِلْكَ نفسه؛ كما لو أجر عبده، أو زوج أمته، ثم أعتقهما عتقاً.

والثاني: لا يعتقُ؛ لأن العتقَ يلاقي مَحلَّ الرَّهن؛ بدليل أن رَهْن الْحُرِّ لا يجوز، ولا يلاقي محلَّ الإجارة والتزويج؛ بدليل أن إجارةَ الحرِّ، وتزويج الحرة ـ يجوز؛ ففي تنفيذ العتقِ إبطالُ حَقِّ المرتهن؛ فلم يجز.

والثالث ـ وهو الأصح: إن كان الراهنُ معسراً لا يعتق؛ لأن فيه إبطالَ حقِّ المرتهن، وإن كان موسراً يعتقُ، وعليه أن يَرْهَنَ قيمته مكانه؛ كالعبدِ المشتركِ بين اثنين أعتقه أحدهما؛ فإن كان معسراً لا يُعتق نصيبُ الشريك، وإن كان موسراً يعتق وعليه قيمته. وإن قلنا: ينفذ إعتاقه على الإطلاق؛ فإن كان موسراً عليه أن يَرْهَن قيمته باعتبار يوم الإعتاق.

وإن كان معسراً يُنظر حتى يُوسِرَ؛ فيرهن قيمته مكانه.

أما إذا وَطِيءَ الراهنُ الجاريةَ المرهونة بعد التسليم ـ يعزَّرُ.

ثم إن لم يُحْبِلْهَا فالرهن بحاله، ولا مَهْرَ عليه، ولا حد؛ لأنها ملكه، فإن كانت بكراً فافتضها ـ يجب عليه أرْشُ الافْتِضَاضِ، ويكون رَهْناً معها، وإن أَحْبَلَهَا فالولدُ حُرٌّ ثابتُ النَّسَبِ، ولا يجب عليه قيمةُ الْوَلَدِ؛ لأن ولدَ المرهونةِ لا يكون رَهْناً.

وهل تصيرُ الجاريةُ أمَّ ولدٍ؟

فيه ثلاثةُ أقوالٍ؛ كما في الْعِتْقِ.

فإن قلنا: ينفذ الاستيلاد، عليه أن يرهن قِيمَتَهَا مَكَانَهَا، فإن كان مُعسراً فحتى يوسر.

وإذا قلنا: لا ينفذ عتقُ الراهن، فلو بِيعَ العبدُ في الدَّين، ثم عادَ إلى مِلْكِ الرَّاهِنِ ـ لا يحكمُ بعتقه، وإن قَضَىٰ الدَّيْنَ وافتك الرَّهْنَ، هل يعتق؟

فيه وجهان: أحدهما: لا يعتق؛ كالمحجور عليه بالسَّفَهِ، إذا أعتق عَبْداً، ثم زال الْحَجْرُ عنه ـ لا يحكم بنفوذِ عِتْقِهِ.

والثاني: يعتق؛ لأن الرَّاهِنَ من أهلِ الإعتاق، إلا أن عتقه ههنا لم ينفذ لحق المرتهن، فإذا زَالَ حَقُّهُ عتق؛ كالمريض إذا أعتق عبداً، وعليه دَيْنٌ ـ لا يعتق.

فإذا أبرأه صاحبُ الدين عُتِقَ، بخلاف المحجورِ عليه بالسَّفَهِ؛ لأنه لا حكم لتصرُّفه، كالصَّبِيِّ.

وقيل: إذا افتكَّ الرهنُ عتق قولاً واحداً.

وإذا بيعَ في الدَّيْنِ، ثم عاد إليه ـ هل يعتق؟

فيه قولان كالاستيلاد.

والأول أصحُّ، بخلاف الاستيلاد فإنه ـ فعْلٌ، فكان أقوى من الْعِتْقِ الذي هو قول؛ بدليل استيلاد المجنون، والمحجور عليه بالسفه ينفذ، وعتقهما لا يَنْفُذُ.

أما الاستيلادُ: إن قلنا: لا ينفذ فلا تباع في الدَّيْن ما دامت حاملاً؛ لأن في بطنها ولداً حُرًّا، ولو وضعت الحملَ حينئذٍ تُبَاعُ في الدَّيْنِ، فإن دخلها نقصٌ بالولادة ـ فعلى الراهن أرْشُ النقصان، يَجْعَلُهُ رهناً معها.

وإن ماتت في الطلق يجب أن يَرْهَنَ قيمتها مكانها، باعتبار يوم الْوَطْءِ؛ لأنه سببُ التَّلَفِ؛ كما لو جَرَحَهَا، وبقيت ضَمِنَةً إلى أن ماتت ـ يجب قيمتُها باعتبارِ يوم الْجُرْحِ.

وقيل: بيومِ الْمَوْتِ.

وقيل: أكثر ما كانَتْ من وقْتِ الْوَطْءِ إلى الموتِ.

والأولُ المذهبُ.

وإن سلمت عن الولادةِ، فإن قُضِيَ الدين وافتكَّ الرهن ـ كانت أمَّ ولدٍ لِلرَّاهِنِ.

وإن احتيجَ إلى بَيْعِهَا، فإن كان الدينُ يستغرق جميعَ قيمتها تُباعُ كُلُّها، وإن لم يَسْتَغْرِقْ، تُباع بقدر الدَّيْنِ.

وإن كان في التَّشْقِيص نُقْصَانٌ؛ بأن كانت قيمتُها ألفاً، والدينُ مائة ـ يباع عُشْرُها، فإن كان العشرُ لا يشتري بمائة لأجل التَّشْقِيصِ ـ يزاد بِقَدْرِ ما يُشْترىٰ بالمائة، بخلاف العبدِ الْقِنِّ إذا كان عشره لا يُشترى بمائة، ويُشترى جملته بألفٍ ـ يباع كله؛ دفعاً للضرر عن المالك، وههنا بَطَلَ حَقُّ المالكِ بالاستيلادِ، فيراعى حَقُّ الْعِتَاقِ.

فإذا بيعت في الدَّينِ، ثم مَلَكها الراهنُ بعده ـ هل تكون أمَّ ولدٍ؟ ـ:

فيه قولان: كما لو اسْتَوْلَد جاريةَ الغيرِ بالشُّبْهَةِ، ثم مَلكها هل تكونُ أمَّ ولدٍ له؟

فيه قولان: وقيل ههنا تكونُ أُمَّ ولد له قولاً واحداً؛ لأن الاستيلادُ وجِدَ في الملك، بخلاف الموطوءة بالشُّبهة.

ولو رَهَنَ مديره، نُصَّ على أن الرّهن مَفْسُوخٌ.

واختلف أصحابُنَا فيه، فمنهم من قَالَ: لا يصحُّ الرَّهْنُ؛ لأن الْمَوْلَىٰ قد يَمُوتُ فجأةً؛ فيعتق المدبرُ، ويبطلُ مقصودُ الرَّهْنِ.

ومنهم من قال: فيه قولان؛ بناء على أن التدبيرَ وَصِيَّةٌ، أم تعليقُ عتق بصفة؟
وفيه قولان:

فإن قلنا: وَصِيَّةٌ يصحُّ الرهنُ، ويكون رُجُوعاً على التَّدْبِيرِ.

وإن قلنا: تعليق عتق بصفة، فهو كما لو رَهَن المعلقُ عتقه بصفة، ويحتمل وجود الصفة قبل محلِّ الدَّين وبعده.

ولو رَهَنَ المعلقُ عتقه بصفة ـ نُظِرَ: إن عتقه بدين حالٍّ، أو بِدَيْنٍ مُؤجَّلٍ، ويعلم حلول الأجل قبل وُجُود الصفة ـ يصحُّ الرهنُ، ويباع في الدَّيْنِ عند المحلِّ.

فلو لم يتفق البيعُ حتى وجدت الصِّفةُ هل يعتقُ أم لا؟
هذا يُبْنىٰ على أن الاعتبارَ في الْعِتْقِ المعلقِ بحالة التعليق، أم بحالَةِ وجودِ الصِّفَةِ؟
فيه قولان:

إن قلنا: بحالة التَّعْلِيقِ: يعتقُ، وللمرتهن الخِيَارُ في فَسْخِ البيع المشروطِ فيه.

وإن قلنا: الاعتبارُ بحالةِ وجودِ الصِّفَةِ، فهو كما لو أنشأ إعتاقَ المرهونِ.

ولو كان يتحقَّق وجودُ الصفة قبل مَحِلِّ الدين ـ لا يصحُّ الرهنُ؛ لأنه إذا أعتق قبل مَحِلِّ الدَّيْنِ لا يَحْصُلُ مقصودُ الرَّهْنِ.

وخرج قول مَن رهن ما يتسارع إليه الفساد؛ أنه يصح الرهن، إذا أشرف على وُجُودِ الصِّفة يباع، ويكون ثمنه رَهْناً.

والأولُ المذهب.

وإن كان يحتملُ وجود الصِّفة قبل حُلولِ الدين، ويحتملُ حُلُولَ الدَّيْن قبل وجود الصفة ـ ففي صِحَّةِ الرَّهْن قوْلانِ:

أصحهما: لا يَصِحُّ؛ لأنه قد توجد الصفةُ قبل المحلِّ، ولا يحصلُ مقصودُ الرَّهْنِ.

والثاني: يَصِحُّ؛ لأن الأصلَ بقاؤه؛ كما لو رَهَن حيواناً يَجُوزُ، وإن كان يتوهَّم موته قبل الْمَحِلِّ.

ولو دبّر المرهونُ يجوز؛ لأنه يمكن بيعُه عند الْمَحِلِّ، فإذا حل الدَّين يباع بقدر الدَّين، والباقي مدبّرٌ.

ولو علق عتق المرهونِ بصفة فهو كإِفْشاءِ الإعْتَاقِ. ولو وقف المرهونُ: ففيه وجهان:

أحدهما: أنه كالْعِتْقِ؛ لأنه حَقٌّ لله تعالى لا يمكن إسقاطُه.

والثاني: لا يَصِحُّ؛ لأنه تصرفٌ لا يقبل السِّرَايَةَ، كالبيعِ وَالْهِبَةِ.

فَصْــلٌ

إذا آلت المرهونة بِوَلَدٍ فادَّعى الرَّاهِنُ أنِّي كنت وَطِئْتُهَا قَبْلَ الرهن، أو بعد الرهن قبل التَّسْلِيم، وهذا الولدُ مِنِّي ـ نَظر: إن صدقه المرتهن، أو قامت عليه بينة ـ فالرهنُ بَاطِلٌ سَوَاءٌ آلت لأقل من سِتَّةِ أشهرٍ من وَقْتِ الإقباضِ أو أكثر، إذا كان لدون أربع سنين من وَقْتِ الإقباض، وهي أُمُّ ولد له.

ولا يَجِبُ أن يرهن قيمتها؛ لأنه بان أن الرَّهْن لم يكن صَحِيحاً، وللمرتهن فسخُ البيع المشروطِ فيه الرهْنُ.

وإن كذَّبه المرتهنُ، ولم يكن له بينة ـ هل يُقبل قولُ الراهِنِ؟

فيه قولان:

وكذا لو ادَّعى: أني كنتُ أعتقتها قبل الرَّهْنِ، أو قبل التَّسْليم ـ هل يقبل؟:

فيه قولان:

أصحُّهما: لا يقبل؛ لما فيه من إبطالِ حَقِّ المرتهنِ، كما لو بَاعَ جاريةً، ثم ادَّعى أنه كان قد أَعْتَقَهَا أو اسْتَوْلَدَهَا ـ لا يقبلُ.

والثاني: يقبل؛ لأنه غيرُ متهمٍ في هذا الإقرار، فإنه يقرُّ في مِلْكِ نفْسِهِ، بخلاف ما لو باعها ثم ادّعى العتق أو الاستيلاد ـ لا يقبل؛ لأن إقراره في مِلْكِ الغيرِ.

فإن قلنا: يقبل كانت أم ولد.

وإن ادعى العتق كان حرًّا، وللمرتهن الخيارُ في فَسْخِ البيع المشروط فيه هذا الرهن.

وإن قلنا: لا يقبلُ، فهو كإنشاء هذا الاستيلادِ والعِتْقِ.

وقد نص على أنه لو أقرَّ بعتقه لم يَضُرَّ المرتهن.

فإن كان موسراً أخذت منه قيمته، وكان رَهْناً. وإن كان معسراً بيع في الرَّهْنِ.

ومتى رجع إليه عتق؛ لأنه مقرٌّ أنه حرٌّ، أجاب على قولنا: إن إعتاق المرهون ينفذ إذا كان المعتق موسراً.

وكذلك لو ادَّعى الرَّاهِنُ: أنّي كنتُ قد بِعْتُهُ قبل التَّسليم، أو وَهَبْتُهُ وأقبضتُه، أو رَهَنْتُهُ من آخر وأقبضته، أو هو مَغْصُوبٌ من فُلانٍ، أو أقر بجنايةٍ ـ مُوجِبَةٍ للمالِ، أو رهن عَبْداً مجهول النسب وسلم، ثم ادعى أنه ابنه ـ هل يقبلُ قولُه في إبطال الرَّهْنِ؟

فيه قولان:

وكذلك لو أجَّر داراً، ثم ادعى أني كنت أجَرْتُها من غيره، أو بِعْتُهَا، أو أجر عبداً ثم ادعى أني كنت أعْتَقْتُهُ ـ هل يقبلُ؟

فيه قولان:

فإن قلنا: لا يقبل فافتكَّ الرهنُ، أو بيع في الدَّيْنِ، ثم عادَ إليه ـ يحكم بِنُفوذِ الاستيلادِ والعتقِ.

وإن كان قد أقرَّ به لإنسان سلّم إليه؛ كمن أقرَّ بحريةِ عبد الغير ثم ملكه ـ يحكم بِحُرِّيتِهِ.

فِصْــــلٌ

ولو أذِنَ المرتهنُ للراهن في بَيْع المرهون أو إعتاقه، أو في وطءِ الجارية الْمرهُونةِ؛ فباع أو أعتق ـ صَحَّ البيعُ والعتق، وبَطَلَ الرهنُ.

وإن وَطِىءَ وَأَحْبَلَ، نفذ الاستيلاد وبطلَ الرهنُ، ولو وطئها ولم يُحْبِلْهَا لا يبطلُ الرَّهْنُ.

ولو أذن، ثم رجع قبل أن يبيع أو يعتق، أو أذن في الوطء، فرجع قبلِ أن يَطأَ، أو بعد الوطء قبلِ الإحْبَالِ ـ صَحَّ رجوعُه، فلو باعه بعدما رجع ـ لا يَصِحُّ البيعُ.

ولو أَعْتَقَ واستولدَ فهو كإنشاءِ العتقِ والاستيلاد بغير الإذْنِ.

ولو لم يعلم برجوعه، فباعه أو أعتقه، أو استولَدَهَا ـ هل ينفذ؟

فيه وَجْهَانِ: بناء على أن الوكيلَ إذا عزل، هل ينعزل قبل بلوغ الخَبَرِ إليه؟

فيه قولان:

أصحهما: ينعزلُ، وحكمه حكم ما لو أنشأ هذه التَّصرفاتِ بغير الإذن.

وإن قلنا: لا يَنْعَزِلُ فهو كما لو فعل بالإِذْنِ.

وإذا بَاعَ أو أعْتَقَ أو اسْتَولَدَ، ثم اختلفا، فقال الرَّاهِنُ: أذنت لي فيه، وأنكر المرتهنُ ـ فالقولُ قول المرتهن مع يمينه؛ لأن الأصل عَدَمُ الإذن.

فإذا حَلَف فهو كما لو فَعَلَ بغير إذنِهِ، وإن نَكَل حلفَ الراهنُ، وهو كما لو فعل بإذنه.

وإن نَكَلَ الراهنُ، هل يردُّ اليمين على الجاريةِ والْعَبْدِ؟

فيه قولان: بناء على أن وَارِثَ الميتِ إذا نَكَلَ عن يمين الرَّدِّ هل يحلفُ الغريم؟

فيه قولان:

ولو اتفقا على الإذن، واختلفا في الرُّجوعِ، فقال المرتهنُ: كنت رجعت، وأنكر الرَّاهِنُ ـ فالقول قولُ الرَّاهِنِ مع يمينه؛ لأن الأصْلَ عدمُ الرُّجوعِ.

ولو اتَّفَقَا على الرُّجوعِ، غير أن الراهن يقول: كنت قد بِعْتُ وأعتقتُ، أو وَطِئْتُ قبل رجوعك.

وقال المرتهنُ: رجعتُ قبل ذلك.

نظر: إن قال الرَّاهِنُ أولاً: وطئت، أو أعتقت، أو بِعْتُ، ثم قال المرتهن: كنت رجعت قبل ذلك ـ فالقولُ قولُ الراهنِ مع يمينه، وجعل كأنه رجع بعد بَيْعِهِ وإعتاقه.

وإن قال المرتهنُ أولاً: رجعت، ثم قال الرَّاهِنُ: كنت قد بِعت أو أعتقت ـ فالقولُ قولُ المرتهن مع يمينه؛ كالوكيل بالبيع، إذا قال: بِعْتُ، فقال الموكل: قد عَزَلْتُك، فالقولُ قولُ مَنْ سبق قولُه.

ولو اتفقا على الإذن، واختلفا في الْوَطءِ، فقال الراهن: وطئت، وأنكر المرتهنُ فالقولُ قولُ المرتهن مع يَمِينِهِ.

وكذلك لو اتفقا على الْوَطْءِ ـ واختلفا في الْمُدَّة ـ فقال الراهنُ: مضت مدة إمكان الولد منه، وأنكر المرتهنُ، أو اتفقا على مُضِيِّ مدةِ الإمكان، ولكن قال المرتهنُ: هذا الولدُ ليس منها، إنما الْتَقَطَتْهُ أو اسْتَعَارَتْهُ ـ فالقولُ قولُ المرتهن مع يمينه، لأن الأصلَ بقاءُ الرَّهْنِ.

ولو اتفقا على الْوَطء ـ ومضي المدة والولادة، واختلفا، فقال الراهنُ: هذا الولدُ مِنِّي، وقال المرتهنُ: بل من زوج أو زِنًا ـ لا يقبل قولُ المرتهنِ، بل القولُ ما يقولُه الرَّاهنُ، بلا يمينٍ.

فَصْلٌ في وَطْءِ المُرْتَهِنِ

إذا وطىء المرتهنُ الجاريةَ المرهونةَ ـ نُظِرَ:

إن وطئها بغير إذن الراهن، فهو كما لو وطىء غير المرهونة.

فإن كان عالماً عليه الحدُّ، والمهر إن كانت مُكْرَهَةً، وإن كانت طائعة، فلا يجب على الصَّحيح من المذهب.

والولدُ رقيقٌ للرَّاهن غيرُ ثابتِ النَّسَبِ. وإن ادّعى الجهل بالتحريم، فلا يقبل إلا أن

يكون قريبَ عهدٍ بالإسلام، أو نَشَأ ببادِيةٍ بعيدةٍ من المسلمين؛ كما لو زنى بامرأة، ثم ادَّعى الْجَهْلَ بتحريم الزِّنَا.

ولو وَطِئَهَا بالشُّبهة فلا حَدَّ، ويجب المهرُ، وإذا أولدها فالولدُ ثابتُ النسب، وعليه قيمتهُ للراهن كوطءِ غير المرهونةِ.

أما إذا وطئها بإذن الراهن ـ نظر: إن كان عالماً بالتحريم، فالمذهبُ: أن عليه الْحَدَّ؛ كما لو وطيء بدون إذنه، وقيل: لا حَدَّ؛ لاختلافِ العلماءِ.

فإن عطاء كان يُجَوِّزُ وطءَ جاريةِ الغير بإذن مَالِكِهَا. وليس بصحيح؛ لأن صورةَ الاختلاف لا تصيرُ شبهةً من غير دَلِيلٍ.

فلو وطئها عالماً، أو ادَّعىٰ الْجَهْلَ بالتحريم عند وُجُودِ الإذن من المالك ـ يقبل ويُدرأ عنه الْحَدُّ، وإن طال عهدُه بالإسلام، أو نَشَأ فيما بين المسلمين فقيل: لا يقبل، إلا أن يكون قَرِيبَ عَهْدٍ بالإسلام، أو نشأ في باديةٍ، أو موضعَ بَعِيدٍ من المسلمين؛ كما لو وطئها بغير إذن الراهن وادَّعىٰ الجَهَالَةَ.

والأول أصحُّ، بخلاف ما لو وطيء بغير إذن الرَّاهِنِ؛ لأن أمرَ التحريمِ يَخْفَىٰ على العوام عند وُجُودِ الإذن؛ كما خفي على عطاء مع علمه؛ فقبل قوله.

وعند عَدَم الإذنِ لا يخفى، إلا على مَنْ كان قريبَ العهدِ بالإسلام، فلم يقبلْ قولُه إلا في هذه الحالَةِ.

فإذا ادَّعىٰ الْجَهالَةَ ودَرَأنا الحدَّ ـ فإن أولدها فالولدُ حرٌّ ثابتُ النَّسَبِ وعليه قيمته، وهل يجبُ المهرُ؟

فيه قولان:

أحدهما: لا يجب؛ لأن الإذنَ من الحرِّ المستوجِب للمهر في الوطء ـ يوجب سُقُوطَ المهرِ؛ كالحرَّة إذا زَنَتْ لا مَهْرَ لَهَا.

والثاني: وهو الأصحُّ؛ وبه قال أبو حنيفة: يجب المهرُ؛ كما تجب قيمة الولد؛ ولأن وجودَ المهرِ بالوطءِ حيث لا يَجِبُ الحدُّ ـ حق الشرع، فلا يسقطُ بالإذن، كالْمُفوّضةِ تستحقُّ لمهر بالدخول

فإن قلنا: يجب المهرُ بذلك إذا لم تَكُنِ المرأةُ طائعةً، فإن كانت طَائِعةً، وقلنا طواعيتها ـ يسقط المهرُ؛ فلا يَجِبُ.

فكل موضع أثبتنا النَّسب، فالجارية لا تصير أُمَّ ولدٍ له في الحال. فإذا مَلَكَهَا بعده على قولين.

ولو ادَّعىٰ المرتهنُ أن الراهنُ قد بَاعَها منه، أو أعمرها، أو وهبها وأقبضها، وأنْكَرَ الرَّاهِنُ ـ فالقولُ قولُ الراهن مع يمينه.

فإن حَلَفَ فالأمُّ والولدُ رقيقان له، وإن نَكَلَ وحلفَ المرتهن كانت أمَّ ولدٍ له، والولد حُرٌّ.

فإن حَلَف الراهنُ، وحكمنا برقهما، ثم ملكهما المرتهنُ بَعْدَه ـ كان الولد حُرّاً، والأمُّ أمَّ وَلَدٍ له، لا يختلفُ القولُ فيه؛ لإقراره السابق، أنه اسْتَوْلَدَها في الْمِلْك؛ كمن أقرَّ بحرية عبد الْغَيْرِ، ثم ملكه ـ يحكم بحريته.

فَصْلٌ إذْنِ الْمُرْتَهِنِ لِلرَّاهِنِ بالتَّصرُّفِ بالمَرْهُونِ

إذا أذن المرتهنُ لِلرَّاهِنِ في بيع العبدِ المرهونِ مطلقاً، أو في إعْتَاقِهِ على مَالٍ، فباع أو أعتق ـ صَحَّ، وبَطَل الرهنُ.

ولا يجب أن يرهنَ ثمنه مكانِهِ، سواء كان الدَّيْنُ حالاً أو مؤجّلاً.

غير أن الدَّيْنَ إذا كان حالاً عليه أداء الدَّيْن من ثمنه، أو من مَوْضِعٍ آخَرَ.

وعند أبي حنيفة: يجب أن يرهنَ ثمنه مكانه إن كان الدَّيْنُ مُؤَجّلاً.

وبالاتفاق لو أذن له في إعتاقه مطلقاً، فأعتق ـ لا يجب أن يَرْهَنَ ثمنه مكانه، وهذا بخلاف ما لو باعَ المولى العبدَ الجاني بإذن المجنيِّ عليه ـ لا يبطل حَقّه من الأرْشِ؛ لأن الأرْشَ هناك نظيرُ الدَّيْنِ ـ ههنا؛ فلا يسقط بالإذن في الْبَيْعِ.

ولو أذِنَ له في بيعه، بشرط أن يُؤدِّيَ حقَّه من ثَمَنِهِ ـ والحقُّ حالٌّ ـ يجوز؛ لأنه قضيةُ الرهن.

وإن أدَّىٰ من موضع آخر ـ يجوز.

وإن كان الحقُّ مؤجلاً، فأذن له في بيعه، بِشرطِ أن يعجِّل حَقَّهُ من ثمنه ـ فالإذن فاسد، ولا يصحُّ البيعُ.

وقال المزنيُّ: يصحُّ البيع لوجود الإذن، فيلغو الشَّرط، وعليه أن يَرْهَنَ ثمنه مكانه؛ وبه قال أبو حنيفة؛ كما لو وكل وكيلاً بِبَيْعِ شَيْءٍ، على أن له عُشْرَ ثمنه، أو شرط له جُعْلاً مَجْهولاً فباع ـ يصح الإذن، والبيع صحيح، ويلغو الشرط، وللوكيل أجْرُ المثلِ.

قلنا: لأن الفسادَ هناك ليس في الإذن، بل في جَهَالَةِ الْجُعْلِ، والجعلُ في مقابلة منفعةِ الوكيل، لا في مُقَابَلَةِ الإذن؛ لأنه شرطه على نفسه؛ فلم يُفْسِدِ الإذْنُ.

وههنا الشرط فاسد في مقابلة الإذْن، لأنه شرطُ تعجيلِ الحقِّ لنفسه؛ كأنه قال: لاَ إذنَ

لك حتى تُعَجِّلَ حَقِّي؛ فيفسد الإذنُ.

أما إذا أذن له في بيعه، وشرط أن يَرْهَنَ ثَمَنَهُ مكانه، سواء كان الحقُّ حالاً أو مُؤَجَّلاً ـ ففيه قولان:

أحدهما: الإذن فاسِدٌ، ولا يصحُّ البيع؛ كما لو شَرَطَ تعجيلَ الحقِّ.

والثاني: يَصِحُّ الإذن والبيع، وعليه أن يرهن ثمنه؛ لأنه لم يشترط لنفعه زِيَادةً لم تكن، فإنَّ نَقْل الحقِّ من غير الرهن إلى بَدَلِهِ من قَضِيَّة العقدِ، ألا ترى لو قيل: **المرهونُ قاتل يغرم قيمته**، ويكون رهنه مكانه.

فلو باعه الراهنُ ثم اختلفا، فقال المرتهن: أذنت لك، بِشَرْطِ أن تَرْهَنَ ثمنه، فقال الراهن: لا بل مطلقاً.

فالقولُ قولُ المرتهن مع يمينه؛ لأنهما لو اختلفا في أَصْلِ الإذن ـ كان القولُ قَوْلَه. ثم إن كان هذا الاختلافُ قبل البيع ـ لا يجوزُ للراهن بيعه بعده.

ولو باعه لا يَصِحُّ، فإن كان بعد البيع، وحلف المرتهن ـ إن قلنا: الإذنُ صحيحٌ، يجب على الراهن أن يَرْهَن ثمنه.

وإن قلنا: الإذن فَاسِدٌ، فإن صدق المشتري المرتهن، ردَّ البيع، وكان رَهْناً. وإن كذبه قال الشيخ: نُظِر: إن أَقَرَّ أنه كان موضع مرهوناً، ويدعى أن الإذْنَ كان مطلقاً؛ كما يقول الراهن ـ فيمينُ المرتهنِ حُجَّةٌ عليه، وعليه رَدُّهُ.

وإن أنكر كونه مرهوناً، حلف، وعلى الراهن أن يَرْهَن قِيمَتَهُ.

فَصْلٌ في رهن أرض الخراج

رَهْنُ أرْضِ الخَرَاجِ لاَ يجُوزُ.

وهو أن: يفتحَ الإمامُ بلداً عَنْوَةً، وصارت الأراضي لِلْغانِمِينَ، فاستطاب الإمام أنْفُسَ الغانمين بمال أعْطاهُمْ، وأخذها منهم فوقفها، وضرب عليها خراجاً معلوماً؛ كما فعل عمر بسواد العراق.

أو فتح بلداً صُلْحاً على أن الأراضي للمسلمين، والكفار يَسْكُنونَهَا بخراجٍ مَعْلومٍ، فلا يجوز رَهْنُ هذه الأراضي؛ كالأرض الموقوفة.

فإن كَان فيها غِرَاسٌ من أصل تلك الأشجارِ، أو بناء من تلك التُربة ـ فلا يصحُّ رهنُ ذلك الغرس والبناء، كالأصل.

وإن حَدَثَ الغراسُ والبناءُ بعد الوقف والصلح مِنْ مالِكٍ لَهُ ـ جاز رهنُ البناء والْغراسِ.

ولو رهن الأرض مع الغراس والبناء ـ لا يصحُّ في الأرض.

وفي الْغِراسِ والبناءِ قولان؛ كما لو رهن شيئين وأحدهما ليس له ـ هل يصحُّ فيما له؟

فيه قولان.

وكذلك لو رهن الأرضَ مطلقاً، ولم يتعرَّض لِلْغِراس والبناء، وقلنا: إن الْغِراسَ والبناء يتبع الأصل. فهل يصحُّ الرهنُ في البناء والغراس؟ فيه قولان.

وإذا صَحَّ الرهنُ في الْغِراسِ والبناء ـ فالخراج يكونُ على الرَّاهِنِ، فلو أدى المرتهنُ الخراجَ بغير إذن الراهن ـ فهو متبرع. لا يرجع عليه، فإن أدى بإذنه رجع عليه، سواء شَرَطَ الرجوع، أو لم يشترط؛ كما لو اكترى داراً، ثم أكْراها من غيره، والمكتري الثاني أدى الْكِراءَ عن الأول بغير إذنه ـ لا يرجع عليه، وإن أَدَّى بإذنه رجع عليه.

فإن قال الرَّاهِنُ: أَدِّ الخراج على أن ترجع، والغراس والبناء مَرْهونٌ منك بالْحَقَّيْن ـ فهو كما لو زاد في الدَّيْنِ على رهنٍ واحِدٍ.

وفيه قولان.

ويجوز رهنُ العبدِ المرتدِّ؛ كما يجوز بيعُه، ثم إن كان عالماً، لا خِيَار في فَسْخِ البيع المشروط فيه، وإن كان جَاهِلاً، فإن قتل قبل القبضِ انْفَسَخَ البيعُ، وإن قتل بعده فمن ضَمَان من يكون؟ فيه وجهان؛ كما في البيع.

فإن جعلناه من ضَمانِ الرَّاهِنِ، فللمرتهن فَسْخُ البيعِ. وإن جعلناه من ضَمانِ المرتهنِ ـ فلا فَسْخَ له، ولا أَرْشَ؛ كما لو مات في يده وعلى هذا: لو رَهَن عَبْداً، وجب عليه القطعُ في السَّرِقَة، والمرتهنُ جاهلٌ، فقطع قبل القبض ـ له فسخُ البيعِ المشروطِ فيه.

وإن قطع بعده فوجهان.

ولو رهن عَبْداً في عنقه جِنايةٌ، نظر: إن كانت موجبةً للمال، أو عَفَا على مالٍ ـ نظر: إن رَهَنَهُ بعد اختيار الفداء ـ جاز، وإن رهنه قبله فهو كبيعه، إن كان الرَّاهِنُ معسراً لا يَصِحُّ الرهن، وإن كان موسراً فعلى قولين:

أصحهما: لا يصح؛ لأنه كالمرهون في حَقِّ المجني عليه، ورهن المرهون لا يَصِحُّ، بل حَقُّ الجناية أقوى من حَقِّ المرتهن، بدليل أن العبدَ المرهونَ إذا جنى يُقَدَّم حَقّ المجنيِّ عليه على حَقِّ المرتهن، وسواء كانت قيمتُه مستغرقةً بالدَّيْنِ أو لم تكن.

والثاني: يصحُّ، ويصير مختاراً للفداءِ.

فإن قلنا: لا يصحُّ، فلو عفا المجنيُّ عليه عن حقه لا ينقلب الرَّهْنُ صحيحاً؛ لأنه وَقَعَ فاسداً.

وإن كانت الجنايةُ موجبةً للقصاص، فقد قيل: فيه قولان، كالموجبة للمال. وقيل: يصحُّ قولاً واحداً؛ لأنه ليس فيه إلا استحقاق القتل، كرهن المرتدِّ، وقيل: ينبني على أن مُوجِبَ العمدِ ماذا؟

وفيه قولان: إن قلنا: موجب العمد القَوَدُ، فيصح كرهن الْعَبْدِ المرتدِّ، وإن قلنا: موجبه أحدُ الأمرين، فعلى قولين، كالجنايةِ الموجبة للمال.

فَصْــلٌ

إذا رهن عَيْناً بدين، ثم رهن بذلك الدَّيْنِ عيناً أُخْرىٰ ـ يجوز ولا يفتكُّ شيءٌ منها إلا بعد أداء جميع الْحَقِّ؛ كما لو رهنهما مَعاً.

وإذا رهن عيناً بدين، ثم استقرض من المرتهن مالاً آخر، وجعله مَرْهوناً بِالْحَقَّين جميعاً ـ نظر: إن تفاسخا الرهنَ الأول، ثم رَهَنَهُ بالْحَقَّين جميعاً ـ جاز.

وإن لم يتفاسخا، فقولان: قال في القديم، وهو اختيار الْمُزنيِّ: يجوز؛ كما لو زادَ رهناً آخَرَ على دَيْنٍ واحد.

وقال في الجديد، وهو الأصح؛ وبه قال أبو حنيفة: لا يجوز؛ لأن الرهنَ مشغولٌ بدينٍ، فلا يجوز شغلُه بدينٍ آخر قبل فِكاكِهِ؛ كما لو رَهَنَهُ من غير هذا المرتهن لا يجُوزُ، وليس كما لو زاد في الرَّهنِ؛ لأن الرهنَ لا يشغل الدَّين، بدليل أن تَصَرُّفَ رَبِّ الدين ينفذ في الدَّيْنِ بعد الرهن؛ كما لو كان ينفذ قبل الرَّهن، وتصرف الراهن لا ينفذ في الرَّهْنِ قبل أداءِ الدَّين.

فإن قلنا: لا يجُوز، فلو اختلفا، فقال الراهن: رَهَنْتُ بألفٍ، ثم زدنا ألفاً أُخرى، وقال المرتهن: بل رهنت بألفين مَعاً.

فالقول قولُ المرتهن مع يمينه؛ لاتفاقهما على صِحَّةِ الرَّهْنِ، ولو اتفقا على أنه كان مرهوناً بألف، غير أن المرتهنَ يقول: تفاسخنا العقد الأول فيه، وعقدنا بعده على ألْفين.

فقال الراهن: بل زدنا ألفاً على الْعَقْد الأول ـ فالقولُ قولُ الراهن مع يمينه؛ لأن الأصْلَ عَدَمُ الْفَسْخِ، وقيل: القولُ قولُ المرتهن؛ لأن الظَّاهر أن العقدَ الثاني لا يكون إلا بعد فسخ الأول، والأول أصحُّ، حتى لو شَهِد شاهِدَان أنه بألف ثم بألفين ـ فلا يحكم أنه رَهْنٌ بألفين بعد فسخ الأول ما لم يُصَرِّح الشُّهودُ أن الثاني كان بَعْدَ فسخِ الأول.

ولو رهن بألف، ثم زاد ألْفاً، وجعله رهناً بهما، وأشْهَدَ شاهدين؛ أنه رهن بألفين، وعلم الشَّاهدان حال الرهن في الباطن ـ فإن كان اعتقادهما أنه لا يجوز ذلك ـ لا يجوز أن يَشْهدا إلا بما جرى في الباطن، فإن اعتقدا جوازه، فهل لهما أن يَشْهَدا أنه مرهونٌ بألفين؟ ـ: فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لاعتقادهما جوازه.

والثاني: لا يجوز إلا بما عليه الأمر في الباطن؛ لأن الاعتبارَ في الحكم باجتهاد الحاكم لا باعتقاد الشَّاهِد.

فَصْـلٌ

وإذا رهن عَبْداً وأقبضه، ثم أقرَّ أنه كان قد جنى جنايةً موجبةً للمال، أو أتلف مَال إنسانٍ ـ نظر: إن لم يدعه المقرُّ له، لم يقبَل قبولُ الراهن، وهو رَهْنٌ بحاله.

وإن ادَّعاهُ المقر له، نظر: إن صدقه المرتهن، سلّم في الجِنَايةِ، وللمرتهن الخيارُ في فَسْخِ البيع المشروط فيه ذلك الرَّهن، وإن كَذَّبه المرتهنُ، هل يقبل قولُ الرَّاهِنِ؟

فيه قولان:

أصحهما؛ وبه قال أبو حنيفة، واختاره المزني: لا يُقْبل لتعلُّق حَقِّ المرتهن به؛ كما لو باع عَبْداً، ثم أقر عليه بجنايةٍ لا يقبل:

والثاني: يقبل؛ لأنه يقرُّ في ملك نفسه فلا تُهْمَة.

فإن قلنا: لا يقبل، فالقولُ قولُ المرتهن مع يمينه، يَحْلِفُ بأنه لا يعلَمُ أنه قد جَنَى، ويحلف على نَفْي العلم؛ لأنه يمينٌ على نفْي العلم لِفِعْل الغير، فإذا حلف بقي العبدُ مَرْهوناً.

وهل يغرمُ الرَّاهِن حَقَّ المجنيِّ عليه؟ ـ فيه قولان:

أحدهما: يغرم، وهو اختيارُ المزني؛ لأنه حال بين العبد والمجني عليه لعقد الرَّهْن؛ كما لو قتله.

فإن كان موسراً يغرم في الْحَالِ؛ وإن كان معسراً فحتى يُوسرَ.

والثاني: لا يغرم، لأنه لم يقرَّ بشيءٍ في ذمته، بل أقر في رَقَبَةِ العبدِ، والعبد ليس في يَدِهِ؛ كما لو أقرَّ بعبدِ الغير لإنسان، لا يلزمه شَيْءٌ.

وكذلك لو أقر بأن المرهون مَغْصوبٌ هل يقبل؟

فيه قولان: فإن قلنا: لا يقبل، فهل يغرم قيمته لِلْمَغْصُوبِ منه؟

فيه قولان:

قال الشيخ القفال: إذا أقر بأنه مغصوبٌ يغرم القيمةَ؛ لأنه متعدٍ بالْغَصْبِ، غير متعدٍ بجناية العبد.

فإن قلنا: يغرم حَقَّ المجني عليه، يغرم أقل الأمرين من أرْشِ الجناية، أو قيمة العبد.

وإن قلنا ـ وفيه قول آخر، يغرم كَمَالَ أَرْشِ الْجِنَايَةِ.

والأول أَصَحُّ، فإن قلنا: يغرم، فإذا افتكَّ الرهنُ بعدما غرم ـ لا يجب تسليمُه في الجناية؛ لأنه قد فَدىٰ، إلا أن يكون قد أقر بِغَصْبٍ، فيجب ردُّه على مالكه، ويسترد ما غرم.

وإن قلنا: لا يغرم القيمة، فإن بيع في الدين لا شيءَ عليه، وإن افتك الرهن، أو بيع في الدين، ثم مَلَكَه بعده ـ عليه تسليمُه في الْجنَاية.

وكذلك لو قلنا: عليه الغرمُ، فقبل أن يغرم عاد إليه ـ يجب عليه تسليمُه في الْجنايَةِ.

هذا إذا حلف المرتهنُ، فإن نَكَل، فعلى مَنْ تُردُّ اليمين؟

فيه قولان:

أحدهما: على الرَّاهِن؛ لأن الملك في العبد له؛ كمن مات وعليه دَيْنٌ، فادعى وارثه من جهته مالاً على إنسان، فأنكر المُدَّعَىٰ عَلَيْه، ونَكَلَ عن اليمين، فرد اليمين على الوارث، لا عَلَى الْغُرَماءِ.

والثاني: يردُّ على المجنيِّ عليه؛ لأن الحقَّ له، والراهن لا يَدَّعِي لنفسه شيئاً، بخلاف وارث الميت، يحلف دون الْغُرماءِ؛ لأن الأصلَ هناك هو الوارث؛ بدليل أن دعواه لا تَسْقُطُ بتكذيب الغرماء.

والأصل ههنا هو المجنيُّ عليه؛ بدليل أن تكذيبه يُسْقِطُ إقْرارَ الرَّاهن.

فإن قلنا: يرد على الراهن، فإن حلف بيع العبد في الجناية، لا خِيَار للمرتهن؛ لأن بزعمه أن الرَّهن صحيحٌ، وإنما أخرج من يده بنُكُولِهِ، وهو معنى طَرَأ بعد الْقَبْض.

قال الشيخ: وفيه إشكالٌ من حيث إن النُّكول وردَّ اليمين؛ إما أن يكون بمنزلة إقرار المدعى عليه، أو بمنزلة الْبَيِّنة، من جهة المدعى، وأيهما وجد يثبت الخيار.

ثم إن كان الأرشُ يستغرق جميع قيمته يباع كله، وإلا يباع بقدر الأرْش، والباقي هل يكون رَهْناً؟

فيه وجهان:

أحدهما: يكون رَهْناً؛ لأنا حكمنا بصحَّةِ الرهن، وأخرجنا بعضه عن الرهن بسبب

الجناية، فصار كما لو جَنَىٰ بعد الرَّهْن، يباع بقدر الجناية؛ والباقي يكون رَهْناً.

والثاني، وهو الأصح: لايكون رهناً؛ لأن نُكُولَ المرتهنِ، ويمينَ الراهن كالإقرار من المرتهن بأنه كان جَانِياً؛ فلم يصحَّ الرهنُ في شَيْءٍ منه؛ كما لو قامت بيّنة عَلىٰ جنايته. وإن نَكَلَ الرَّاهِنُ عن اليمين، هل ترد اليمينُ على المجني عليه؟ ـ:

فيه قولان:

أحدهما: بلى؛ لأن الحقَّ له.

والثاني: لا؛ لأن يمينَ الرد لا ترد.

فإن قلنا: تُرد، وقلنا في الابتداء: عند نُكُولِ المرتهن تُرَدُّ على المجني عليه، فإن حَلَفَ، بيعَ العبدُ في الجناية، ولا خيار للمرتهن، وإن نكل بَطَلَ حقُّه، والعبدُ مرهونٌ.

هذا كلُّه تفريع على قولنا: «إن إقرار الرَّاهِنِ لا يقبلُ».

فإن قلنا: يقبل إقراره، فهل يَحْلِفُ؟

فيه قولان:

أحدهما: لا يحلف؛ لأن التحليفَ للتخويف؛ لعله يرجع عن قوله إن لم يكن صادقاً، ورجوعه ههنا لا يُقبل.

والثاني: يحلف لحقِّ المرتهن.

فإن قلنا: لا يحلف، يباع العبد في الجناية، وللمرتهن الْخِيارُ في فَسْخ البيع المشروط فيه هذا الرهن، إن قلنا: يحلف، يحلف على البت أن العبد جَانٍ؛ لأنه يمين على الإثبات، فإن حَلف يباعُ العبدُ في الجناية إذا لم يَفْدِ السيد.

فإن لم يستغرق الأرش قيمته يُباع بقدر الأرْشِ.

والباقي هل يكون رَهْناً؟

فيه قولان:

أحدهما: لا؛ كما لو قامت بينةٌ على الجناية، فعلى هذا لو فَدَىٰ السيد لا يعود رَهْناً إلا بعقدٍ جديدٍ.

والثاني: يكون رهناً؛ لأن إخراجه عن الرَّهْن بسببِ الجنايةِ. فما فضل عن الأرش يبقى رَهْناً؛ كما لو جنى بعد الرهن.

وإن نَكَل الراهنُ عن اليمين حلف الْمُرتَهِنُ، وكان العبدُ رهناً، وإن نكل بِيعَ في الجناية، ولا خيار له، هذا إذا أقرَّ الراهنُ أن المرهونَ جَنَىٰ قبْلَ الرَّهْنِ.

أما إذا أقر أنه جنى بعد الرهن والتسليم، فَكَذَّبه المرتهنُ لا يقبل قول الراهن، سواء

وافقه العبد، أو خالفه؛ لأن الأصلَ بقاءُ الرهن، فلا يقبل قَوْلُ من يَرُومُ إبطاله.

ثم إن بيع في الدَّين لا شيء للمجنيِّ عليه على الراهن؛ لأنه أقرَّ بجنايته بعد الرهن؛ فلا يصير متلف الرهن عليه شَيْءٌ.

فإن بِيعَ في الدَّين، ثم مَلَكه يوماً ـ يلزمه تسليمه في الجناية، بخلاف ما لو أقر أن أمَّ ولده جنت، يجب عليه الغرمُ للمجني عليه، وإن كان الاستيلادُ سابقاً على الجنايةِ؛ لأن جناية أم ولده تكونُ عليه، لو قامت عليها بينةٌ، وجناية المرهون لا تكُونُ عليه، لو قامت عليها بَيِّنَةٌ.

ولو أقرَّ المرتهنُ عليه بِدَيْنِ جِنايةٍ ـ لا يقبلُ قولُه على الراهن، وإن صَدَّقَهُ العبد.

وإن بيعَ في الدين يسلم الثمن إلى المرتهن، ولا يلزمه دفْعُ الثمن إلى المجنيِّ عليه؛ لأنه لم يقر بعينِ العبدِ؛ إنما أقرَّ بحقٍّ في رقبته، والعبد لغيره.

فإذا بيع في دَيْن مالكه، لا يلزمه دَفْعُ الثمن إلى غيره.

والْوَرعُ أن يَدْفَعَ الثَّمَنَ إلى المجنيِّ عليه.

وإقرارُ العبد المرهون على نفسه، كإقرار غير المرهون، إن أقر بعقوبة تُقام عليه. ثم إذا قتل في الجناية، هل للمرتهن الخيارُ في فَسْخ البيع المشروط فيه؟:

قال الشيخ: ينظر: إن أقر أنه لزمه قبل الرهن، أو قبل التَّسليم ـ فله الخيار. وإن أقر أنه لزمه بعد القبض ـ فلا خيار له.

وإن أقرَّ بدين إتلاف يتعلَّق بذمته، إن كذبه المولى أو صَدَّقَه ـ فهو كما لو أقر عليه المولى هل يقبل؟

فيه قولان.

فَصْلٌ في جِنَايةِ المَرْهُونِ

إذا جَنَى الْعَبْدُ المرهونُ قبل القبض ـ يبطُلُ الرَّهْن على الأصَحِّ؛ كما لو جَنَى قبل الرهن.

وإن جَنى بعد القبض، لا يبطُل الرَّهْن، ولكن يُقَدَّم حَقُّ المجنيِّ عليه على حق المرتهن؛ لأن حَقَّه يتعين في ذمة العبد يسقط بهلاكه، وحقَّ المرتهن في ذِمَّة الراهنِ لا يسقط بِهَلاكِ الرَّهْنِ.

ثُم إن كانت الجنايةُ موجبةً للقصاص ـ فللمجني عليه أن يَقْتَصَّ، ويبطل الرَّهْن، ولا خيار للمرتهن في فَسْخِ البيع المشروط فيه؛ لأنه حدث بعد الْقَبْضِ.

وإن كانت الجنايةُ موجبةً للمال، أو عفى على مال ـ يباع في الْجِنايةِ، فإن لم يستغرق الأرْشُ جميعَ قيمته يُباع بقدر الأرش، والْباقِي يَكُونُ رَهْناً.

وإن دَخَلَهُ نقصٌ بِالتَّشْقِيصِ يباع كُلُّهُ، وما فضل من قيمته عن الأرش يكون رَهْناً، وما بيع في الدَّيْنِ إذا عاد إلى مال الراهن لا يكون رَهْناً إلا بِعَقْدٍ جَدِيدٍ؛ لأن الرهنَ قد بطل فيه.

ولو عفا المجنيُّ عليه عن الأرْش، أو فَدَاهُ الراهنُ ـ بقي العبدُ رهناً.

ولو فدى المرتهنُ، نظر: إن قال: فدى بغير إذن الرَّاهِن ـ لا يرجع عليه.

وإن فدى بإذنه رجع عليه؛ ولا يكون العبدُ رهناً بما فدى. ولو قال الرَّاهِنُ للمرتهن: افْدِ حتَّى يكونَ العبدُ مرهوناً بالحقَّين جميعاً ـ نص على جوازه، فمن أصحابنا من قال: فيه قولان؛ كما لو زاد في الدَّيْن على رَهْنٍ واحِدٍ، فأجاب على أحد القولين.

ومنهم من قال، وهو الأصحُّ: يجوز قولاً واحداً؛ لأنه من مَصْلحةِ الرَّهْن، فإن فدَى الرهن في فدائه.

ولو جنى العبدُ المرهونُ على سيده؛ نظر: إن كان عمداً فله القِصاصُ إن كان طرفاً، ولوارثه إن كان نَفْساً.

وإن كان خطأً، أو عَفَا على مال فهو هَدرٌ، والرهن بحاله؛ لأن المولى لا يثبت له على عبده مال، سواء كانت الجنايةُ على الطرف، أو على النفس، وسواء قلنا: يثبت المالُ للوارثِ ابتداء، أو قلنا: يثبتُ للمورثِ، ثم ينتقل إلى الْوَارِثِ.

وإن جنى على ابن السَّيِّد أو على أخيه، وهو وارثه، فإن كان عمداً فللسيد أن يقتص، طرفاً أو نفساً.

وإن كان خطأً، أو عفا على مال، نظر: إن كان طرفاً يُباع في الجناية، كما لو جنى على أجنبيٍّ.

وإن كان نَفْساً فهذا يبني على أن دِيَةَ النفس تثبت لِلْوارث ابتداء، أم تثبت لِلْمورُوثِ ثم تنتقل إلى الوارث؟

وفيه قولان: إن قلنا: تثبت للوارث ابتداء فهو هَدرٌ، والرهن بحاله.

وإن قلنا: تثبت للموروث، ثم تنتقل إلى الوارث، فصار أرْشُ الجنايةِ لمالك العبد ـ هل يسقط؟

فيه وجهان، بناء على أن المجنيَّ عليه إذا ملك العبد الجاني هل يَسْقُط الأرْشُ؟

فيه وجهان: إن قلنا: يسقط، فالرهنُ بحاله.

وإن قلنا: لا يسقط، فله إخراجه من الرَّهْن.

أما إذا جنى العبدُ المرهونُ على عبد آخر للرَّاهن؛ نظر. إن لم يكن المجنيُّ عليه مرهوناً ـ فللسيد أن يقتصَّ، إن كان موجباً لِلْقِصاصِ. وإن كان خطأً، أو عفا على مال ـ فلا يثبت المالُ، والرهن بِحَالِهِ؛ لأنه لا يثبت للمولى على عبده مَال.

وإن كان المجنيُّ عليه مرهوناً أيضاً، نظر: إن كان مَرْهوناً عند غير مرتهن العبد الجاني، فإن كان عمداً ـ للمولى أن يقتص، وبطل الرَّهْنانِ جميعاً.

وإن كان خَطَأً، أو عفا على مال ـ يثبت المالُ لحقِّ المرتهن، ثم إن كانت قيمة القاتل والمقتول سواء، أو كانت قيمةُ القاتل أقلَّ ـ فيه وجهان:

أحدهما: ينقل القاتلُ إلى مرتهن المقتول؛ لأنه لا فائدة في بيعه.

والثاني: يُباعُ العبدُ القاتل، ويرهن ثمنه عند مرتهن المقتول.

وإن كانت قيمةُ القاتل أكثر؛ فعلى الوجه الأول، ينقل من العبدِ القاتل بقدر قيمة المقتول إلى مُرْتَهَن المقتولِ.

وعلى الوجه الثاني: يباع بقدرِ قيمةِ المقتول، ورُهن عند مرتهن المقتولِ، والباقي مَرْهونٌ عند مرتهن الْجانيِ.

وإن عفا السَّيدُ مطلقاً، إن قلنا: مطلق العفو يوجب المال، فيثبت كما ذكرنا فيما لو عَفَا على مالٍ.

وإن قلنا: لا يوجب، صَحَّ العفو، وهو رهن عند مرتهنه كما كان، وبطل حَقُّ مرتهن المقتول؛ كما لو كان القتلُ موجباً للقصاص، وقتله السيدُ.

ولو عفا مجانا إن قلنا: مطلق العفو لا يوجبُ المالَ، لا يثبت المال، وإلا فوجهان:

أصحهما: لا يجب؛ لأن القتلَ لا يوجبه، فعفوه على المال بمنزلةِ اكتساب المالِ، ولا يجب الاكتسابُ لحقِّ المرتهن، فيكون العبدُ رهناً عند مُرْتهِنِهِ، كما كان.

وإن كان القاتلُ والمقتولُ مرهونين عند رجُلٍ واحد ـ قال الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ: كانت الجنايةُ هدراً.

قال أصحابُنا: إن استوت قيمةُ العبدين، واتفق الدَّيْنان في القدر والحلول التأجيل ـ ترك على حاله؛ لأنه لا فائدة في النقل، سواء اتفق الدَّيْنان في الجنس أو اختلفا.

وإن اختلف الدَّيْنان في التَّأجيل، فإن كان المقتولُ مرهوناً بالدَّيْن الحالِّ، والقاتل بدينٍ مُؤَجَّلٍ ـ فيبيعه في الدَّيْن الْحالِّ؛ لأن له فيه فائدةً، وهو الوصولُ إلى الدَّينِ الحالِّ.

وكذلك إذا كان المقتولُ مرهوناً بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ، والقاتلُ بدين حالٍّ، أو كان لهُ

مؤجلين، والقاتل مرهون بأجل أطول ـ له نقل القاتل إليه، ويطالبه بالدين الحالّ في الوقت، أو عند حُلُولِ الأجلِ الأقصر.

وإن اختلف الدَّيْنان في القدر، واستوت قيمةُ الْعَبْدين، نظر: إن كان المقتولُ مرهوناً بالأقل ـ فلا فائدة في النَّقْلِ.

وإن كان المقتولُ مرهوناً بالأكثر ـ فله نقلُ القاتِلِ إلى الأكثر؛ لأن له فيه فائدة.

وإن اختلفت قيمةُ العبديْن، والدَّينانِ سَوَاءٌ ـ نظر: إن كان قيمةُ المقتول أكثر ـ لا ينقل، وإن كانت قيمةُ القاتل أكثر؛ بأن كانت قيمته عشرون، وقيمة المقتول عشرة ـ له نقلُ نصفه إلى الدَّيْن الآخر، وباقيه على ما كان.

وإن كانت قيمةُ القاتل عشرون، وهو مَرهُونٌ بخمسةَ عشَر، وقيمةُ المقتولِ خمسة، وهو مرهون بخمسة ـ له نقل رُبُعِهِ؛ فيصير القاتُل مرهوناً بعشرين.

فكلُّ موضع قلنا: ينتقل ببيعه، فيحفظ ثمنه أم يحفظ عَيْنُهُ بالدَّين الآخر؟

فيه وجهان:

ولو أمر السيدُ عَبْده المرهونَ بالجنايةِ، فجنى ـ نظر: إن كان العبدُ مميِّزاً، يعلم أنه لا يجوز له طاعةُ سيده في الجِنايةِ ـ فهو كما لو جَنَا بغير إذن السيد، سواء كانَ العبدُ بالغاً أو صَبِيًّا، إلا أن السيد يَأْثَمُ بأمره.

وإن لم يكن مميِّزاً؛ لصغره، أو جنونه، أو كان أعجمياً يَرَى طاعةَ سيده فرضاً فيما يأمره به ـ فالجاني هو السيدُ؛ فعليه القصاص إن كانت الجنايةُ موجبةً لِلْقصاص، والعبد رهْنٌ كما كان.

وإن كانت الجنايةُ موجبةً للمال، أو عفا على مال ـ فالضَّمانُ على المولى، وهل له تعلُّق برقبة العبد؟

فيه وجهان:

أحدهـا: لا؛ لأنه كالآلة، ولا يجوز بيعُه في الجناية.

والثاني: له تعلُّق برقبته؛ لأنه من أهله، فإنه لو جنى من غير إذن السيد ـ يتعلَّق الأرْشُ برقبته.

فعلى هذا، إن بيع في الجناية، فعلى السيد أن يرهن قِيمَتَهُ مكانه، وإن كان السيد مُفْلِساً، فحقُّ المجني عليه يقدم في قيمته على سَائِرِ الْغُرماءِ.

ولو جنى هذا العبدُ الصغيرُ على أجنبيٍّ، فقال السيدُ: أنا أمرتُه ـ لا يقبل قولُه في حَقِّ المجنيِّ عليه عن رقبته، بل تباعُ رقبته في الجناية، وعلى السَّيد أن يرهن قيمته

مكانه، لإقراره، وإن كان أرشُ الجنايةِ أكثرَ من قيمته فَعَلَيْه الْفَضْلُ.

ولو جَنى على العبد المرهون، فالخصمُ فيه هو السيدُ؛ لأنه مالِكٌ للعبد، ومالك بدله؛ كما لو غصبت العين من يَدِ المستأجر، فالخصمُ هو الأَخيرُ.

فإن أحب المرتهن يحضر خصومته، فإن عَفَا على مالٍ أخذه رَهْناً.

فلو قعد الرَّاهنُ عن الخصومة، هل للمرتهن أن يخاصم؟

فيه قولان:

كوارث الميت إذا أقام شاهِداً على دَيْن الميتِ، ولم يحلف، هل يحْلِفُ الغريمُ؟:

فيه قولان:

أصحهما: لا يحلف.

وإن ادعى الرَّاهِنُ على رجُلٍ، فأنكر المدَّعي عليه ـ فالقولُ قولُه مع يمينه، فإن نكل حَلَفَ الرَّاهِنُ. فإن نَكَلَ الرَّاهِن عن اليمين، فهل يحلف المرتهنُ؟

فيه قولان: بناء على أن المفلس إذا نَكَل عن يمين الرَّدِّ، هل يحلفُ الغريمُ؟ فيه قولان:

فإذا أقرَّ المدَّعى عليه، أو قامت عليه بَيِّنَةٌ، أو حَلفَ الرَّاهِنُ بعد نُكُولِ المدَّعىٰ عليْهِ ـ تثبت الجنايةُ.

ثم إن ثبتت موجبة للقصاص ـ للراهن أن يقْتَصَّ، ويبطل الرَّهْنُ. وإن عَفَا على المالِ يثبت الملكُ، ويكون مَرْهوناً.

ولو قال الراهن: لا أقتصُّ ولا أعْفُو. فهل للمرتهن إجبارُه على اختيار أحدِهما؟ فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك؛ لأن له حَقًّا فيه.

والثاني: هذا يبني على أن مُوجِبَ العمدِ ماذا؟

وفيه أقوال: إن قلنا: موجبه أحدُ الأمرين، يجبر على التَّعَيُّن. وإن قلنا: موجبه الْقَودُ، فلا يُجبَرُ؛ لأنه يملك إسقاطه؛ فلأن يملك تأخيره أوْلىٰ.

ولو عَفَا الراهِنُ عن القصاص مطلقاً؛ إن قلنا: مطلقُ العفو يُوجِبُ المالَ ـ يجب المال.

وإلا فلا، وهو الأصحُ. ولو عفا على أن لا مال عليه. هذا يبني على أن مُوجِبَ العمدِ ماذا؟: إن قلنا: موجبه أحدُ الأمرين؛ لا يصحُ العفوُ عن المال، وإن قلنا: موجبه القودُ، إن

قلنا: مطلقُ العفو لا يوجب المال ـ لا يجب شيءٌ، وبطلَ الرهنُ. وإن قلنا: مطلق العفو يُوجِبُ المال: ففيه وجهان:

أحدهما: يجِبُ المال لتعلُّق حَقِّ المرتهن به.

والثاني، وهو الأصحُّ: لا يجب؛ لأن القتل لم يوجبه، إنما يَجِبُ بعفو الرَّاهِنِ، أو عَفَا على مالٍ، وعفوه على المال بمنزلة اكْتِسابِ المالِ.

ولا يجب عليه الاكتسابُ لحقِّ المرتهن، فحيث قلنا: يَجِبُ المال، أو كانت الجناية خَطَأً.

ولو عَفا الرَّاهِنُ عن المال لا يصح عَفْوُه لتعلُّق حَقِّ المرتهن به. وفيه قول: أنه يكون موقوفاً، فيؤخذ من الْجانِي ويرهن. فإن افتك الرهن بإبراء أو قضاء ـ يحكم بِصِحَّة العفو، ويرد المال على الْجانِي، وإن بيع في الدين بان أن العفو كان باطلاً.

فلو أراد الرَّاهنُ أن يُصَالِح الجاني عن الأرْشِ على حيوان أو غيره ـ لا يجوز من غير رِضا المرتهن.

كما لا يجوزُ إبدالُ الرهن بغيره من غير رِضاهُ، فإن صالحَ بإذنِ المرتهن ـ صحَّ الصُّلح.

وما أخذه يكون مَرْهوناً، فيوضع عند مَنْ كان الرهن موضوعاً عنده، ومنفعة الرهن ونَمَاؤُهُ خارج من الرهن؛ كأصل الرهن.

ولو عفا المرتهنُ عن الأرش، لا يصح عفوه؛ لأنه ليس بِمِلْكِ له.

وهل يسقطُ بهذا العفو حَقُّه عن الوثيقة أم لا؟

فيه وجهان:

أحدهما: يسقط كما لو صرّح، فقال: أسقطت حَقِّي عن الوثيقة، فكان الأرْشُ للراهن.

والثاني: لا يسقطُ؛ لأن الذي وجد منه هو العفوُ، والإبراءُ عن الأرْشِ؛ وذلك لم يصح فلا يصحُّ الذي في ضمنه.

وإن كان المرهونُ جاريةً، فَجَنى عليها إنسان، فأسقطت جَنِيناً مَيّتاً ـ يجب على الضَّارب عُشْرُ قيمة الأم، ولا يكون رَهْناً؛ لأنه بدل الولد، وولد الرهن لا يكون رَهْناً. فإن دخل الأمَّ نقصٌ فبقدر أرش النُّقصان يكون مرهوناً.

وإن كانت بهيمةً، فألقت جَنِيناً مَيّتاً، يجب على الضَّارِب ضمانُ ما نقص من قيمة الأم، ويكون رهناً، ولا يصحُّ عفوُ الرَّاهِنِ.

وإن كانت جاريةً، فجنى عليها، فألقت جنيناً حَيًّا، ومات ـ ماذا يَجِبُ على الْجَانِي؟ فيه قولان:

أحدهما وهو الأصحُّ: قيمة الجنين حَيًّا، وأرش نقص [ما] دخل الأم، ثم قيمة الجنين للراهن وأرش النُّقْصانِ.

والثاني: عليه أكثرُ الأمرين من أرْش النقصان، أو قيمة الجنين؛ فعلى هذا إن كان أرشُ النُّقصانِ أكثر يكون رَهْناً، ولا يجوز عفوُ الراهن عنه.

وإن كانت قيمةُ الجنين أكثر، فبقدر أرْشٍ يكون رَهْناً. ولو جُنِي على العبدِ المرهونِ، ولم يُعرف الجاني، فأقر رَجُلٌ أنه هو الجانِي، فإن صَدَّقَهُ الراهنُ دون المرتهن ـ فالأرش للراهن، ولا حَقَّ للمرتهن فيه.

وإن صدقَهُ المرتهنُ دون الرَّاهِن ـ كان الأرشُ مرهوناً، فإن لم يَقْضِ الراهنُ دينه صُرِف الأرشُ إلى دَيْنِهِ، وإن قضى الدين، أو أبرأه المرتهن ـ رد الأرش إلى المقرِّ.

قال الشيخ وهو صاحب الكتاب: قد ذكر الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: أن الْخَصْمَ فيما جَنَىٰ على الْعَبْدِ، سيدُه.

وذكر أصحابنا: أن السَّيِّد إذا لم يخاصم، لا يخاصم المرتهنُ على الأصحِّ.

وقال الشيخ القفال ورأيته بِخَطِّ شيخي فيما سأل عنه: أنه لو ادعى على رجل أن هذه العين التي في يدك ملكُ فلان رهنها منِّي أو أجرها؛ قد تسمع.

وكذلك لو ادعى أنك غصبت منِّي المرهون، فهلك في يدك، فيلزمك قيمته، كما تُسمع الدَّعوى على الْمالِك.

قلت: القياس عندي أن تسمع الدَّعوى، وبعد تلفها تُسْمَعُ دَعْوىٰ القيمة، وفي الإجارة [لا][1] تسمع دعوى القيمة بعد تَلَف العَيْنِ؛ لأنه لا حَقَّ للمستأجر في القيمة.

وكذلك كُلُّ موضع تعلَّق له حَقٌّ بعين، فتسمع دعواه على صاحِبِ العين؛ كما يدعى على المالك، بخلاف ما لو ثبت له دَيْنٌ في ذمَّةِ إنسان، فلا دعوى له على غريمه؛ لأنه لم يتعلق حَقُّه بعينٍ من أعيانِ مال الْغَرِيمِ.

فإن مات من عليه الدَّيْنُ والتركة، في يد إنسان، وحَجَر عليه الْقَاضي، وماله في يد غيره ـ فله أن يدعي عليه. والله أعلم.

---

(١) سقط في ظ.

فَصْلٌ: تَغَيُّرُ المرْهونِ في يَدِ المُرْتَهِنِ

إذا رَهَنَ عصيراً حلواً وسلّم، فصار خلاًّ في يد المرتهن - فهو رَهْنٌ، وإن صار خمراً بَطل الرهنُ؛ لأنه لا يمكنُ استيفاءُ الحقِّ من ثمنها؛ كالحيوان يموت، ولا خيارَ للمرتهن؛ لأنه حدث في يده.

فلو عاد خلاًّ بعده، يعودُ الرهنُ كما يعود الملكُ، ولو رهنه شاة، فماتت في يد المرتهن، ثم دبغ جلدها، هل يَعُودُ الرهنُ في الجلد؟ فيه وجهان:

قال ابن خيران: يعودُ، كالخمر يَتَخَلَّلُ.

وقال أبو إسحاق: لا يعود؛ لأنه صار مالاً بمعالجته وصنعته، بخلاف الخمر يَتَخَلَّلُ.

ولو صار العصيرُ خمراً قبل التسليم، ثم عاد خلاًّ - هل يعودُ الرهنُ؟

ذكر القاضي الإمام - رحمه الله - وَجْهين:

أحدهما: بلى؛ كما لو تَخَلَّلَ في يَدِ المرتهنِ.

والثاني: لا؛ لأنه بطل قبل تمامه، وللمرتهن الخيارُ في فَسْخِ البيع المشروط فيه، سواء قلنا: يعودُ الرهنُ، أو لا يعود؛ لأن الخلَّ يكونُ أنقصَ من العصير.

والرهن إذا انتقص قبل القبض يثبت للمشتري الخيار، ولو كان الرهنُ مشروطاً في البيع، فاختلفا، فقال المرتهنُ: أقبضتني خَمْراً على الخيار.

وقال الراهن: بل أَقْبَضْتُكَ عصيراً، أو تخمر عندك، ولا خيار لك - نظر: إن اتفقا على أنه كان عصيراً يوم الْعَقْدِ - فالقولُ قولُ من يكون؟

فيه قولان:

أصحهما: القولُ قولُ الراهن مع يمينه؛ لأن المرتهن يَرُوم فسخ العقد، والأصلُ بَقاؤُه؛ كما لو وجد بالرهن عَيْباً، فقال: كان موجوداً يوم العقد ويوم التسليم قبل الفسخ، [فلي الفسخ][1]، وقال الراهن: بل حَدَثَ عندك، فالقولُ قولُ الراهن مع يمينه.

والقولُ الثاني: قولُ المرتهن مع يمينه، بخلاف العيب؛ لأنه لا يمنع صِحَّة العقدِ والقبض.

وكونه خمراً يمنع صِحَّة العقد والقبض، والمرتهن ينكر أن يكُون قبض مالاً، والأصلُ عدمُ القبض. فإن قلنا: القولُ قولُ الراهن، فإذا حَلَفَ لا خيار للمرتهن. وإذا قلنا: القولُ قولُ المرتهن، فإذا حلف له فَسْخُ البيع. وإن اختلفا في حالة العقد، فقال المرتهن: كان

---

(١) سقط في ظ.

خمراً يوم البيع، وقال الرَّاهن: بل كان عصيراً فتَخَمَّرَ عندك، فهذا يبني على أن فَسَادَ الرهن، هل يوجب فَسَادَ البيعِ؟ وفيه قولان:

إن قلنا: يوجب فساده، فالقولُ قولُ المرتهن مع يمينه؛ لأنه يُنكِرُ البَيْعَ، والأصلُ عدمه.

وإن قلنا: لا يوجب فساد البيع، فالقولُ قولُ مَنْ يكُونُ؟ فعلى قولين.

وكذلك لو رَهَنَهُ عبداً فسلمه مَلْفوفاً في ثوب فوجده ميتاً، واختلفا، فقال [له](1) الراهن: مَاتَ عندك.

وقال المرتهن: بل كان مَيِّتاً ـ ففيه قولان، خرّجه القاضي حسين، وعلى هذا، لو باع لَبَناً في إناء، فبقي عند البائع ليلةً، ثم أتى المشتري بإناء فَصَبَّ فيه، فَعَلَتْهُ فأرةٌ ميتةٌ.

واختلفا؛ فقال البائع: كانت في إنائك فَعَلَتْ. وقال المشتري: بل كانت فيه عندك، نظر: إن قال: كانت فيه وقت العقد، فالقولُ قولُ المشتري مع يمينه؛ لأنه ينكرُ البيعَ.

وإن قال: وقعت فيه بعد البيعِ عندك، فالقولُ قولُ من؟

فعلى هذين القولين.

فَصْــلٌ

إذا رَهَنَ نخلةً مثمرةً؛ نظر: إن كان بعد تَأْبِيرِ الثَّمرةِ ـ فالثمرة لا تدخلُ في مطلق الرَّهْن؛ كما لا تدخل في مُطْلق البيعِ. وإن كانت الثمرة طُلعاً، ففيه قولان:

أحدهما: يدخل في الرَّهْن كما يدخُلُ في البيع.

والثاني ـ وهو الأصحُّ: لا يدخل؛ لأن الرَّهْن [ضعيف](2) لا يزيل الملك، فلا يستتبع الثمرة، بخلاف البيع؛ بدليل أن ما خَرَجَ من الثمار بعد الرهن لا يكون مَرْهوناً، وما يخرج بعد البيعِ يكون للمشتري وكذلك حكم الْهِبَةِ.

ولو رهن حيواناً حاملاً، فوضعت الْحَمل، فالولدُ هل يكون رهناً؟ فيه قولان:

أحدهما: بلى؛ كما لو باعها يدخلُ الولدُ في البيع.

والثاني: لا؛ كالولد الْحَادِثِ من بعده.

ولو رهن شاةً، وفي ضَرْعِهَا لَبنٌ، لا يدخل اللبنُ في الرَّهْنِ، وإن كان على ظهرها

---

(1) سقط في ظ.

(2) سقط في ظ.

صُوفٌ، هل يدخل [في الرهن][(١)]؟: فيه قولان:

أحدهما: يدخل؛ كأغصان الشَّجرة، وأوراقها، تدخل في مُطْلقِ رَهْنِ الشَّجرة.

والثاني ـ وهو الأصحُّ: لا يدخلُ؛ لأن العادة فيه الْجَزُّ كالثمرة. وكَاللَّبَنِ في الضَّرْعِ، بخلاف الأغصان والأوراق.

فإن رهن شجرة تُقطع أغصانها في العادة، ثم تخلفه، كالخلاف. أو تُقطع أوراقها كالْفِرصَادِ، والآسِ[(٢)] ـ هل يدخل الغصنُ والورقُ في الرهن؟ ـ فعلى القولين.

أما إذا رَهَنَ شاةً، ولا صوف على ظهرها فحدث بعده ـ يكون خارجاً عن الرهن؛ كاللَّبَنِ الحادثِ، والثَّمرة الحادثةِ.

ولو رهن أرْضاً، وفيها أبنيةٌ وأشجارٌ ـ لا تدخلِ الأبنيةُ والأشجارُ في الرَّهْنِ على ظاهر المذهب. إلا أن يَرْهَنَ معها، ولو رَهَن الأشجارَ لا تدخل مَغَارِسُهَا، ولا البياضُ الذي بين الأشجار في الرَّهْنِ.

ولو رَهَنَ أرضاً وفيها أشجار، فاختلفا، فقال الرَّاهِنُ: رهَنْتُكَ دون ما فِيها، وقال المُرْتَهِنُ: بل رَهَنْتَنِي بما فيها؛ نظر: إن كان الرهنُ مشروطاً في البيع يَتَحالفَانِ، ويُفسخ البيعُ بينهما، وإن كان رَهْن تبرُّع، فالقولُ قولُ الرَّاهِنِ مع يمينه.

ولو رَهَنَها مع الأشجارِ، ثم أَشَارَ الرَّاهِنُ إلى شَجَرَةٍ، وقال: هذه حَدَثَتْ بَعْدَ الرَّهْنِ فهي خَارِجَةٌ عن الرَّهْنِ.

وقال المرتهن: بل كانت موجودةً يَوْمَ الرَّهْنِ، وكلٌّ واحد محتملٌ ـ فالقولُ قولُ الراهن[(٣)] مع يمينه، فإذا حلف هل للمرتهن قلعُ تلك الشجرة؟ حكمه حكم الحادث من بعده.

ولو رَهَنَ أرضاً بيضاءَ، فحمل الماء إليها النَّوى، فنبت فيها نَخِيلٌ، أو دفن الراهن فيها نَوًى، أو غَرَس أشجاراً، وكانت تَحْتَ التراب فَنَبَتَتْ ـ فالأشجارُ خارجةٌ عن الرهن، وليس للمرتهن قَلْعُهَا قبل مَحِلِّ الدَّيْنِ؛ لأن الراهن ربما يَقْضِي الدَّيْنَ عند الْمَحِلِّ.

فإذا حَلَّ الدينُ؛ نظر: إن كان بالقلع لا تزداد قيمة الأرض، أو تزداد لكن قيمة الأرض

---

(١) سقط في ظ.

(٢) الأس: شجر دائم الخضرة، بيضيُّ الورق أبيض الزهر أو وردية، عطرية، وثماره لبيَّة سود، تُؤكل غضّة، وتجفف فتكون من التوابل وهو من فصيلة الآسيات. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ١).

(٣) في ظ: المرتهن.

إذا بيعت وفيها الأشجارُ، يفي بدينه ـ فليس له قَلْعُهَا.

وإن كانت قيمةُ الأرض إذا بيعت وفيها الأشجار ـ لا يفي بدينه، وتزداد قيمتها بالقلع، سواء وفت بالدين أو لم تف ـ فللمرتهن قَلْعُها، إلا أن يَأْذن الراهن في بيعها مع الأشْجَارِ. وأن يَدْفعَ إلى المرتهنِ من ثمنها قيمةَ الأرض فارغةً لا شجر فيها؛ فحينئذٍ لا يقلع.

وإن كان الراهنُ محجوراً عليه بالْفَلَس، فليس للمرتهن قلعُ الأشجار؛ لتعلُّق حَقِّ الغير(١) بها، بل ينازعُ الأرض مع الأشجار، فما يقابل من الثمن يكون للمرتهن، فيقدم له على سائر الْغُرَماء ـ وما يقابل الأشجار لسائر الغرماءِ.

ثم إن كانت قيمةُ الأرض والشجرة عند الاجتماع، مثل قيمة كُلِّ واحدٍ عند الانفراد؛ فيُدفع ثَمَنُ الأرض إلى المرتهنِ، وثمن الشَّجرِ إلى الْغُرماءِ.

وإن انتقصت قيمة الأرض بالاجتماع، فيحسب النُّقصانُ على الأشجار؛ مثل إن كانت قيمةُ الأرض فارغةً عشرون، وقيمة الأشجار عَشَرةً، وعند الاجتماع يشتري بخمس وعشرين. فيباع بخمس وعشرين: عشرون منها للمرتهن؛ لأن حَقَّهُ في أرض فارغة، وكان قَلْعُ الأشجار ثابتاً له؛ لنقصان حَقِّه، فمنع منه لحقِّ الغرماءِ، وكان النقصانُ محسوباً عليهم.

وإن زادتِ القيمةُ، بالاجتماع فتقسط الزيادةُ عليها، فتكون أثْلاثاً: الثلثان من تلك الزيادة مع قِيمةِ الأرضِ لِلْمُرتَهِنِ.

أما إذا رَهَنَ أرضاً، وكان المالكُ قد دَفَن فيها نَوَيَاتٍ قبل الرهن، فتثبت في يد المرتهن ـ ليس له قَلْعُها بحالٍ، سواء كانت الأرضُ تفي بدينه أو لا تَفِي، بل هو كَعَيْبٍ يجده بالرهن.

فإن كان جاهلاً به له فسخ البيعِ المشروط فيه، فإذا أجاز وحلّ الحق، وينعت الأرض مع الأشجار، فيوزع الثمن على الأرض والأشجار، وللمرتهن قيمة أرض مَشْغُولةٍ بالأشجار؛ لأنها كانتْ موجودةً يوم العقد، وقد رَضِيَ به.

وعلى هذا، لو رهن جاريةً ولها ولدٌ صغيرٌ، فإذا بيعت في الدَّيْن، وقلنا: لا يجوز التفريقُ بين الأمِّ والولد ـ تباع مع الولد، والراهن مُفْلِسٌ يوزع الثَّمن على قِيمةِ الأمِّ والولد، وللمرتهن فيها قيمة جارية ذات وَلَدٍ.

فإن حدث الولد بعد الرهن والتسليم من زوج أو زِناً، وبيعت مع الولد ـ فللمرتهن قيمةُ جارية لا وَلَد لها.

---

(١) في أ: الغرماء.

فَصْلٌ: رَهْنُ مَا يَتَسَارَعِ إِلَيهِ الفَسَادُ

إذا رَهَنَ شيئاً يتسارع إليه الفساد من طعام رَطْبٍ، أو ثمرة لا تَتَجَفَّفُ أو جَمْداً أو بَقْلاً ـ نظر: إن رهنه بدين حَالٍّ، أو بدينٍ مُؤَجَّلٍ يتحقق حلولُه قبل فَسَادِهِ ـ يصح الرهن، ويباعُ في الدَّيْنِ قبل فَسَادِهِ.

وإن لم يبع حتى فَسَد، نظر: إن كان الراهنُ قد أذِنَ للمرتهنِ في بيعه، فلم يبع ـ ضمن. وإن لم يأذن، فلا يضمن. وإن رهنه بدينٍ مُؤَجَّلٍ يتحقَّق فساده قبل الْمَحِلِّ ـ نظر: إن أذِنَ لَهُ في بَيْعِهِ عند خوف الفساد ـ جاز.

وإن شرط ألا يَبِيعَه[1] لم يَجُز. وإن أطلق فقولان:

أحدهما: لا يَصِحُّ؛ لأن المقصودَ من الرهن بيعُه عند الْمَحلِّ، وهذا لا يبقى إلى الْمَحِلِّ.

والثاني: يصحُّ: فإذا خيف الفسادُ، يباع، ويكون ثمنه رهْناً مكانه، وعليه نص، بخلاف رهن المدبر لم يجز على الأصحِّ؛ لأنه قربة، والظاهر أنه لا تَبْطُلُ قربتُه. والغالبُ من الطَّعامِ أن المالك لا يَدَعَهُ للْفَسادِ، بل يبيعُه.

فإن قلنا: لا يصحُّ؛ فإن احتمل الفساد قبل المَحلِّ، واحتمل حُلُولَ الدَّيْن قبل الفساد ـ ففيه وجْهَانِ.

ولو رهن ثمرةً يمكن تجفيفها ـ يصحُّ الرهنُ، ومؤنةُ التَّجْفِيفِ على الرَّاهِنِ، فإن تعذَّر منه ـ باع الحاكمُ بعضه، وأنفق على تَجْفِيفِ الباقي، أما إذا رَهَنَ الثمرةَ على الشَّجَرَةِ، لا تخلو؛ إما أن يرهنها مع الشَّجرةِ أو دونها.

فإن رهنها مع الشجرة، نظر: إن كانت الثمرة يمكن تجفيفها ـ جاز، سواء كان الحقُّ حَالاً أو مُؤَجَّلاً، وسواء كان بعد بُدُوِّ الصلاح أو قبله.

وإن كان لا يمكن تجفيفها، وقلنا: لا يصحُّ رهن ما يتسارع إليه الفسادُ ـ فاختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: لا يصحُّ الرهنُ في الثَّمرة، وفي الشجرة قولان.

ومنهم من قال: يَصِحُّ فيهما قولاً واحداً، وتكون الثمرةُ تبعاً للشَّجرة، وإن رهنها دون الشجرة نظر: إن كان لا يمكنُ تجفيفُها، فهو كما لو رَهَنَ ما يتسارعُ إليه الفسادُ على وجه الأرض.

---

(١) في ظ: يبيع.

وإن أمكن تجفيفها ينظر: فإن كان بعد بُدُوِّ الصَّلاح ـ يجوزُ مطلقاً، وإن كان قبل بُدُوِّ الصَّلاحِ هل يحتاجُ إلى شَرْطِ الْقَطْعِ؟:

فيه قولان:

أحدهما: بلى؛ كما لو باعها، لا يجوز إلا بشرط القَطْعِ.

والثاني: لا يَحْتاجُ؛ لأن بِتَلَفِهَا لا يبطُل حقُّ المرتهن، وفي البيع يبطل حَقُّ المشتري بِتَلَفِهَا.

فإن قلنا: لا يحتاج إلى شَرْطِ القطع وهو الأصحُّ، أو كان بعد بُدُوِّ الصَّلاحِ، فذلك إذا كان الحقُّ حالاً؛ فيؤمر ببيعه.

أو كان الحقُّ مؤجَّلاً، ويحلُّ الأجل مع بلوغ الثمرة أوان الجِذَاذِ، أو يحل بعد بلوغه أوانَ الجِذَاذِ؛ فإن كان يحلُّ قبل بلوغه أوانَ الجِذَاذِ، فإن شَرَطَ قَطْعَهَا عند المحلِّ ـ جاز.

وإن أطلق فقولان:

أصحهما: لا يصح؛ لأن العادة في الثمار التبقية إلى أوان الجِذَاذِ ومطلق العقد، يُحْمَلُ على العادَةِ.

فإذا أطلق يصير كأنه رهن على ألا يبيعه عند الْمَحِلِّ: بل يتركه إلى الجِذَاذِ فلم يصح؛ كما لو رهن شيئاً على ألا يبيعه عند الْمَحِلِّ إلا بعد يَوْمَيْنِ ـ لا يصحّ.

والثاني: يصح؛ لأن مقتضى الرَّهْن بيعُه عند المَحِلِّ، إن امتنعَ الراهنُ من فَكِّهِ، فيصير كأنه شرط بيعه؛ كما لو رهنه بِدَيْنٍ حالٍّ.

ولو رهن زرعاً بَقْلاً في الأرض، فهو كرهن الثمرة على الشجرة قبل بُدُوِّ الصَّلاَحِ، فيصح، وهل يحتاجُ إلى شَرْطِ القطعِ؟

فيه قولان: هذا هو المذهب.

وقال صاحب «التلخيص»: لا يجوز رهنُ الزرع البقل بِحَقٍّ مُؤجَّل، وإن شرط القطع عند المَحِلِّ قولاً واحداً، بخلاف الثمرة؛ لأن زيادة الثمرة في عظم الجثة فيتبع الرَّهن، كَسَمنِ الدابة، وكبر الوِدِيِّ، فجاز.

وزيادة الزرع بالطول، فهو كثمرة أخرى تخرج، فيختلط بالْمَرهُونِ ولا يتميز؛ ولأن للزرع حالَةً لا يجوز بيعُه فيها، وهو إذا تَسَنْبَل، فربما يصادف حُلُولُ الحقِّ تلك الْحَالَةَ.

أما إذا رَهَن الزرع بعد اشتداد الْحَبِّ، فإن كان زَرْعاً تُرى حباته في السُّنْبُلَةِ ـ جاز رهنُه.

وإن كان لا يُرى، ففيه قولان، كالبيع، والأصح: أنه لا يجوز.

وَكُلُّ موضع جَوَّزنا رَهْنَ الثمرة على الشَّجرةِ ـ فعلى الرَّاهِنِ مؤنةُ السَّقْيِ والْجِذَاذِ وَالتَّجْفِيفِ كَنَفَقَةِ الْمَرْهُونِ.

فإن لم يكن للراهن شَيْءٌ، باع الحاكم جزءًا منه، وأنفق عليه، فإن اتفق الْمُتراهِنَان على تَرْكِ السَّقْيِ ـ جاز، بخلاف نفقة الحيوان حيث يجبرُ عليه؛ لحُرمة الحيوان.

وإن أراد أحدُهما قطعَ الثمرة دون الآخر، فإن كان قبل أوان الجِذاذ، لا يجاب إليه، إلا أن يَتَراضَيَا عليه.

وإن كان بعد أوان الْجِذاذِ يُجَابُ إليه، فتقطع ويباع في الديـن، إن كان حالاً، وإن كان مُؤَجَّلاً يمسكه رَهْناً.

وإذا رهن ثمرةً على شجرة بشمرٍ في سنة مرتين، وتختلط الثانيةُ بالأولى ـ نظر: إن كان الحقُّ حالاً أو كان مُؤَجَّلاً، ولكن يتحقق حلولُ الأجلِ قبل خروج الثمرة الثانية، أو بعد خروجها قبل اختلاطها بالأولى ـ وصح الرهن.

وإن كانت تختلطُ الثانيةُ بالأولى قبل حُلُول الأجل ـ نظر: إن شرط قطع الأولى قبل اختلاط الثانية بها ـ يصحُّ الرهنُ، وإن شرط ألا يقطع: لا يصح، وإن أَطْلَقَ، فعلى قولين:

أصحُّهما: لا يصحُّ الرهنُ؛ كما لا يصحُّ البيع.

والثاني: يَصِحُّ، فإذا خيف الاختلاط يُقْطعُ، ويُبَاعُ.

فإن قلنا: يصحُّ، أو رهن بشرط القطع، فلم يتفق القطع حتى خرجت الثانية، واختلطت بالأولى، فهل يَبْطُل الرهنُ؟

فعلى قولين، كالبيع.

فإن قلنا: لا يبطل: فإن سمح الراهن بأن تكُون جميعُ الثمرة رَهْناً، وتباع في الدَّيْن، أو اتفقا على أن يكون نصفُ الكلِّ أو ثلثُه رهناً، والباقي خَارِجٌ عن الرَّهْنِ ـ يجوز.

وإن لم يتفقا، واختلفا في القدر المرهون ـ فالقولُ قولُ الرَّاهِنِ مع يمينه؛ كما لو رهنه حِنْطةً فاختلطت بِحِنْطةٍ أُخْرى للراهن، واختلفا ـ فالقولُ قولُ الرَّاهِنِ مع يمينه.

وقال المزني: القولُ قولُ المرتهن مع يمينه؛ لأن اليدَ له؛ كما لو تنازعا في مِلْكٍ. فالقولُ قولُ صاحِبِ اليد.

قلنا: اليد لا تدلُّ على الرهن، وإنما تدلُّ على الملك؛ بدليل أنهما لو تنازعا في أَصْلِ الرَّهْن، فقال مَنْ في يده: رهنتني، وأنكر المالك ـ فالقول قول المالك مع يمينه.

فَصْــلٌ

رُوي عن سَعِيد بْنِ المسيّب أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ـ ﷺ ـ قالَ: «لاَ يُغْلَقُ الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ، لَهَ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ».

وروى موصولاً عن ابن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ـ ﷺ ـ[1].

---

(١) ورد هذا الحديث موصولاً ومرسلاً.

أما الموصول فهو من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً.

وقد رواه عن الزهري جماعة وهم زياد بن سعد وإسحاق بن راشد ومالك ويحيى بن أبي أنيسة وابن أبي ذئب وسليمان بن داود ومحمد بن الوليد ومعمر.

ـ أما رواية زياد بن سعد.

فأخرجها ابن حبان (١١٢٣ ـ موارد)، والحاكم (٢/ ٥١)، والدارقطني (٣/ ٣٢) كتاب البيوع: حديث (١٢٦)، والبيهقي (٦/ ٣٩) كتاب الرهون: باب الرهن غير مضمون، وأبو نعيم في «الحلية» (٧/ ٣١٥) كلهم من طريق سفيان بن عيينة عن زياد بن سعد عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه». قال الدارقطني: وهذا إسناد حسن متصل.

وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه لخلاف فيه على أصحاب الزهري وقد تابعه ـ يعني زياد ـ مالك وابن أبي ذئب وسليمان بن أبي داود الحراني ومحمد بن الوليد الزبيدي ومعمر بن راشد على هذه الرواية. ووافقه الذهبي وصحح هذا الطريق أيضاً ابن حبان.

وقال أبو نعيم: غريب من حديث ابن عيينة عن زياد عن الزهري تفرد به عبد الله العابدي عن أبيه.

قلت: وفي كلام أبي نعيم نظر من وجهين:

الأول: قوله عبد الله العابدي عن أبيه فالتدليس فيه ذكر لوالد عبد الله إنما هو عبد الله العابدي عن سفيان مباشرة.

الثاني: دعوى تفرد عبد الله العابدي به كيف وقد تابعه إسحاق بن الطباع عن ابن حبان في صحيحه.

رواية إسحاق بن راشد.

أخرجها ابن ماجه (٢/ ٨١٦) كتاب الرهون: باب لا يغلق الرهن حديث (٢٤٤١) من طريق محمد بن حميد حدثنا إبراهيم بن المختار عن إسحاق بن راشد عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال: «لا يغلق الرهن».

قال الحافظ البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٥٧): هذا إسناد ضعيف محمد بن حميد الرازي وإن وثقه ابن معين في رواية فقد ضعفه في أخرى وضعفه أحمد والنسائي والجوزجاني وقال ابن حبان: يروى عن الثقات المقلوبات. وقال ابن وارة كذاب. اهـ.

ـ رواية مالك

أخرجها ابن جميع في «معجم شيوخه» (ص ـ ٢١٠ ـ ٢١١) رقم (١٦٨) من طريق محمد بن كثير والخطيب في «تاريخ بغداد» (٣/ ٣٠٣ ـ ٣٠٤)، (٦/ ١٦٥) من طريق إبراهيم بن أبي سكينة ومحمد بن كثير كلاهما عن مالك بن أنس عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه». =

. . . .

= - رواية يحيى بن أبي أنيسة
أخرجها الشافعي في «الأم» (٣/ ١٦٧) باب ضمان الرهن وفي «المسند» (٢/ ١٦٤) كتاب الرهن، حديث (٥٦٨) من طريق الشقة عن يحيى بن أبي أنيسة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله - ﷺ -: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غُنْمُه وعليه غرمه».
- رواية ابن أبي ذئب
أخرجها الدارقطني (٣/ ٣٣) كتاب البيوع، حديث (١٢٧)، والحاكم (٢/ ٥١)، والبيهقي (٦/ ٣٩)، كتاب الرهن: باب الرهن غير مضمون من طريق إسماعيل بن عياش عن ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله - ﷺ -: «لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه».
وأخرجه الدارقطني (٣/ ٣٣) كتاب البيوع، حديث (١٣٣)، والحاكم (٢/ ٥١)، وابن حزم في «المحلى» (٨/ ٩٩)، وابن عدي في «الكامل» (٤/ ١٥٤٦) كلهم من طريق عبد الله بن نصر الأصم الأنطاكي ثنا شبابة عن ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة به.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٢٠) وصححه عبد الحق في أحكامه من هذا الطريق، قال ابن القطان: وأراه إنما تبع في ذلك أبا عمر بن عبد البر فإنه صححه وعبد الله بن نصر هذا لا أعرف حاله وقد روى عنه جماعة وذكره ابن عدي في «كتابه» ولم يبين من حاله شيئاً إلا أنه ذكر له أحاديث منكرة منها هذا انتهى كلامه وقال في «التنقيح» ابن عبد الهادي: عبد الله بن نصر البزار الأنطاكي ليس بذاك المعتمد وقد روي عن أبي بكر بن أبي عياش وابن علية ومعن بن عيسى وابن فضيل، وروى عنه أبو حاتم الرازي اهـ.
وقد روى ابن أبي ذئب هذا الحديث مرسلاً أيضاً.
أخرجه الشافعي في «المسند» (٢/ ١٦٣) كتاب الرهن، حديث (٥٦٧) وابن أبي شيبة (٧/ ١٨٧) رقم (٢٨٤١) وعبد الرزاق (٨/ ٢٣٧) رقم (١٥٣٤)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٠٠)، والبيهقي (٦/ ٣٩) كتاب الرهن: باب: في زيادات الرهن، من طرق عن ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب مرسلاً.
- رواية سليمان بن داود
أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٣) كتاب البيوع، رقم (١٢٨) والحاكم (٢/ ٥١) وابن عدي في «الكامل» (١/ ١٧٦) من طريق أبي ميسرة أحمد بن عبد الله بن ميسرة، ثنا سليمان بن داود الحراني عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة عن النبي - ﷺ - قال: «لا يغلق الرهن حتى يكون لك غنمه وعليك غرمه».
وأحمد بن عبد الله بن ميسرة ضعيف. قال ابن عدي: حدث عن الثقات بالمناكير ويحدث عمن لا يعرف ويسرق حديث الناس. وذكره الدارقطني في «الضعفاء والمتروكين» (٥١).
- رواية محمد بن الوليد
أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٣) كتاب البيوع، حديث (١٢٩)، والحاكم (٢/ ٥١) من طريق اسماعيل بن عياش، ثنا محمد بن الوليد الزبيدي عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله - ﷺ -: «لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه». =

الرهنُ أمانةٌ في يدِ المرتهن، لا يسقط بهلاكه شيءٌ من الدَّيْن، إلا أن يَتَعدَّى المرتهنُ فيه، فيصير ضَامِناً[1].

وعند أبي حنيفة والثوري: الرهن مضمونٌ بالأقلِّ من قيمته أو الدين، فإن كانت قيمتُه

= - رواية معمر

أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٣) كتاب البيوع، حديث (١٣١)، والحاكم (٢/ ٥٢) من طريق معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «لا يغلق الرهن لك غنمه وعليك غرمه».

قال الدارقطني: أرسله عبد الرزاق وغيره عن معمر.

أما الحديث المرسل

فأخرجه مالك (٢/ ٧٢٨) كتاب الأقضية: باب: ما لا يجوز من غلق الرهن، حديث (١٣) ومن طريقه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٠٠) والخطيب في «تاريخ بغداد» (١٢/ ٢٤٢) عن الزهري عن سعيد بن المسيب به مرسلاً. وقد تابع مالك جماعة منهم: يونس وشعيب أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٠٠ ـ ١٠١) ومعمر. أخرجه عبد الرزاق (٨/ ٢٣٧) رقم (١٥٠٣٣)، والدارقطني (٣/ ٣٣)، والبيهقي (٦/ ٤٠) كتاب الرهن: باب الرهن غير مضمون وتابعه أيضاً ابن أبي ذئب وقد تقدمت تخريج روايته الموصولة والمرسلة.

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٢١): قال صاحب التنقيح: وقد صحح اتصال هذا الحديث الدارقطني وابن عبد البر وعبد الحق. اهـ.

قلت: وقد صحح وصله أيضاً الحاكم وابن حبان وابن حزم.

(١) اتفق الفقهاء على أن المرتهن يضمن المرهون إذا تلف بجناية، أو تفريطه في حفظه واختلفوا فيما إذا تلف من غير تعد أو تفريط منه هل هو مضمون عليه أو لا؟ على أقوال نبسطها.

ذهب الإمام علي ـ كرم الله وجهه ـ وعطاء والزهري والأوزاعي في رواية والشافعي وأحمد وداود وأبو ثور وابن المنذر إلى أنه لا ضَمَانَ عليه، ولا يسقط بهلاكه شيء من الدين. وروي عن الإمام علي ـ كرم الله وجهه ـ في رواية ثانية وابن عمر وعبيد الله بن الحسن وأبي عبيد وإسحاق بن راهويه أنهما يترادان الفضل.

توضيح ذلك أن المرهون إذا كانت قيمته وقيمة الدين سواء، فقد سقط الدين عن الراهن، ولا ضمان عليه في المرهون، وإن كانت أكثر سقط مقدار الدين من قيمة المرهون، وكلف المرتهن أن يؤدي إلى الراهن مقدار ما كانت قيمته تزيده على قيمة الدّين وإن كانت أقلّ سقط من الدّين مقدار المرهون وأدى الراهن إلى المرتهن فضل ما زاد على قيمة المرهون.

وروي عن الإمام علي في رواية ثالثة وعمر وابن عمر في رواية ثانية وابن مسعود ـ رضي الله عنهم ـ وإبراهيم النخعي وقتادة وأبي حنيفة وأصحابه وسفيان أنه إن كانت قيمة المرهون أكثر من الدَّين أو مثلها سقط الدين كله ولا غرامة على المرتهن في زيادة قيمة المرهون على مقدار الدين، وإن كانت قيمته أقلّ من الدين سقطت قيمته منه وأدى الراهن إلى المرتهن ما بقي من دينِه.

واختار الحسن البصري وإبراهيم النخعي في رواية ثانية عنه وشريح والشعبي والزهري، وقتادة في رواية ثانية عنهما أنه مضمون بما فيه سواء أكانت قيمته مساوية للدَّين أم أقلّ أم أكثر على معنى أنه إذا تلف سقط الدين، ولا يغرم أحدهما للآخر شيئاً. =

. . . .

= ورأى الإمام مالك والأوزاعي في رواية ثانية عنه وعثمان البتي أن المرهون إن كان بيد المرتهن، وكان مما يخفى كالثياب ونحوها، فمضمون على المرتهن إلا أن تشهد بنية أنه تلف بغير سبب منه، وإن كان مما يظهر كالعقار والحيوان، فلا ضمَان فيه على المُرتَهِن ودينه باقٍ بكماله حتى يُؤَدي إليه.

هذه خمسة مذاهب تفصيلاً تؤول إلى ثلاثة؛ لأن ثلاثة منها متفقة على الضمان وواحداً يرى أنه أمانة في يد المُرتَهِن وواحداً يفصل.

احتج الأولون بما روي عن سعيد بن المسيّب أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال: «لا يَغْلِقُ الرَّهْنُ لصاحبِهِ غُنْمُهُ وعَلَيْهِ غُرْمُهُ» رواه الأثرم عن أحمد بن عبد الله بـن يونس عن ابن أبي ذؤيب ولفظه: «الرَّهْنُ مَنْ رَاهَنَهُ الَّذي رَهَنَهُ»، وباقيه سواء ورواه الشافعي أيضاً موصولاً عن ابن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ـ ﷺ ـ مثله أو مثل معناه من حديث ابن أبي أنيسة.

وجه الدلالة: أن لا يَغْلِقُ الرَّهْنَ، معناه لا يسقط الحق نبلغه يؤيد هذا رواية «الرَّهْنُ مَنْ رَاهَنَهُ» أي: من ضمانه.

قال الشافعي هذا أبلغ كلام للعرب يقولون: هذا الشيء من فلان يريدون من ضمانه وأكد هذا رد عليه غرمه، عطبه ونقصه، فلا يجوز فيه إلا أن يكون ضمانه من مالكه لا من المرتهن ألا ترى أن رجلاً لو ارتهَنَ من رجل خاتِماً بدرهم يساوي درهماً، فهلك الخاتم. فمن قال: يذهب درهم المرتهن بالخاتم كان قد زعم أن غرمه على المرتهن؛ لأن درهمه ذهب به وكان الراهن بريئاً من غرمه؛ لأنه قد أخذ ثمنه من المرتهن، ثم لم يغرم شيئاً، وهو خلاف ما روي عنه ـ ﷺ ـ.

اعترض الحنفية بأن لا حجة فيه؛ لأن أحداً من أهل اللغة لم يفهم من هذا اللفظ نفي الضمان عن المرتهن ذكر الكرخي أن أهل العلم من السلف ـ رحمهم الله ـ كطاوس وإبراهيم وغيرهما اتفقوا على أن المراد: لا يحبس حبساً كليّاً لا يمكن فكاكه بأن يصير مملوكاً للمرتهن.

واستدلوا عليه بقول الشاعر [البسيط]:

وفَـارقَتْـكَ بِـرَهْـنٍ لا فَكَـاكَ لَـهُ. . . يَـوْمَ الْـودَاعِ فَـأَمْسَـى الـرَّهْـنُ قَـد عَلَقَـا

يعني: احتبس قلب المحب عند الحبيب على وجه لا يمكن فكاكه، وليس فيه ضمان، ولا هلاك، والدليل عليه ما روي عن الزهري قال: «كانوا في الجاهلية يَرْتَهِنُونَ ويشترِطُون على الرَّاهن إِنْ لم يقْضِ الدَّين إلى وقت كذا، فالرهن مملوك للمرتهن، فأَبْطَل رسول الله ـ ﷺ ـ ذلك بقوله: «لا يَغْلِقُ الرَّهْنُ»، وسئل سعيد بن المسيب عن معنى هذا اللفظ، فقيل: أهو قول الرجل إن لم يأت بالدين إلى وقت كذا، فالرهن بيع لي في الدين، فقال: نعم، وقوله ـ ﷺ ـ: «والرَّهْنُ مَنْ رَاهَنَهُ» يؤكد هذا المعنى أي: هو على ملك راهنه الذي رهنه لا يزول ملكه بهذا الشرط، وقوله ـ ﷺ ـ إِلَهُ غُنْمُه وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ، معناه: أنه مردود عليه في حال بقائه، لا يتملك غيره عليه أو أن يباع بالدّين، فيزيد الثمن على الدين، فالزيادة له وإن نقص فالنقصان عليه، وبه نقول والصاحب في رواية «لِصَاحِبِهِ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» يحتمل أن يكون هو المُرْتَهِنُ مجازاً، كما يقال للمضارب: صاحب المال.

ويمكن الجواب بنظرة في الأقوال المتقدمة في هذا المبحث، وذلك أننا نرى علياً ـ رضي الله عنه ـ وكرم الله وجهه ـ وعطاء والزهري والأوزاعي فهموا ما فهمه الشافعي وأحمد وداود وأبو ثور، وقالوا بقولهم: فلم تصح دعوى أن أحداً من أهل اللغة لم يفهمه ولا حجة في البيت؛ لأن غلق الرهن له ثلاثة معانٍ.

الأول: استحقاق المرتهن المرهون في مقابلة دينه إذا لم يوفه في الوقت المضروب. =

. . . .

= **الثاني**: سقوط الحقّ بتلفه رواه عبد الرزاق عن معمر.
الثالث: انغلاقه حتى يتعذر على الرّاهن فَكُّهُ.
فالمعنى على الأول: لا يستحقه المرتهن، بدينه وإذا قضاه من غيره انفكّ.
وعلى الثاني: لا يسقط بتلفه شيء من الدّين.
وعلى الثالث: أنه لا ينغلق حتى لا يكون للراهن فكّه عن الرهن، بل له فكّه بأن يقضي الحق أي: لا يستغلق، فلا يفك ولا يطلق بعد ذلك من الرّهن من غلق الباب وانغلق واستغلق إذا عسر فسخه والغلق ضد الفك، قاله الأزهري.
فالمعنى الذي ذهب إليه أصحاب القول الأول عربي واضح، وهو أحد معانٍ ثلاثة للفظ بقرينة عجز الحديث، وما في البيت أحدها بقرينة أيضاً، وليس في البيت دليل على اتحاد المعنى وانحصاره فيما ذكروا، والسبب المذكور لا يخصصه بالمعنى الذي قرروه إذ العبـرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، إذ وقوع الفعل بعد النفي يجعله عامًّا لإفراد مفاهيمه؛ لأنه في معنى النكرة، ولا مانع من استعمال المشترك في كل معانيه، ولا يقال: إن هذا لا يلزم الحنفية؛ لأن المختار عندهم أن المشترك في النفي يعم حقيقة لغة، وعليه فرع في وصايا الهداية، وفي المبسوط: حلف لا أكلم مولاك وله أعلون وأسفلون أيّهم كلم حَنَثَ، ولا دلالة على تعيين المعنى الذي ذهبوا إليه فيما روي عن سعيد من تفسيره المذكور إذ هو عن اجتهاد ورواية «الرَّهْنُ مَنْ رَاهَنَهُ» ظاهرة في أنه من ضمان راهنه، كما يقال: هذا الشيء من فلان أي: ضمانه، كما قال الشافعي وهو حجة في اللغة فحمله على أنه باقٍ على ملكه خلاف الظاهر لا سيما مع عجز الحديث على أننا لو سلمنا ما قالوا، فلا يضرنا، وعجزه هو الدليل، وحملهم «لَهُ غُنْمُهُ وعَلَيْهِ غُرْمُهُ» على أنه مردود عليه حال بقائه أو أنه إن بيع الخ لا دليل عليه إذ الظاهر أن الرَّاهن مختص بكل غُنمه فيباح له استرداده؛ للانتفاع به قبل الوفاء وإعادته للمرتهن وقت الراحة، ومختص بكل غرمه إذ كل منهما مصدر مضاف لمعرفة، فيعم فقصر الأول على الرد عند التأدية واستحقاق الزيادة في الثمن، والثاني على نقص ثمنه عن الدين، أو الإنفـاق دون الهلاك قصر بلا دليل، فيكون مردوداً.
والحقيقة أظهر، فلا يحمل الصاحب على المرتهن إلاّ بدليل، ولا دليل فينصرف للرَّاهن إذ هو المتبادر فسلم الحديث للمستدلين.
وبأن المرهون وثيقة بدين ليس بعوض منه، فلم يسقط الدّين بهلاكه كالضامن، فلو أن رجلاً كان له على رجل ألف درهم، فكفل له بها جماعة عند وجوبها أو بعده كان الحق على الذي عليه، وكان الحملاء ضامنين له كلهم، فإن لم يؤد الذي عليه الحقّ كان للدّائن أن يأخذ الحملاء، كما شرط عليهم، ولا يبرأ المدين حتى يستوفي آخر حقه. فلو مات الضامنون، أو غابوا لم يسقط حقّه ورجع على المدين، فكذلك الرّهن لا ينقص هلاكه، ولا نقصانه حقّ المرتهن.
هذا الدليل فيه قياس هلاك المرهون على موت الضامن، ولكنهم ذكروه في كتبهم مقيساً على هلاك الصَّكّ وموت الشهود، وجعلوه قياساً مع الفارق، وإذاً فلا يتلاقى النقاش والدليل الصحيح فسلم أيضاً.
وبأن بعض المرهون أمانة، فكذلك كله كالوديعة.
وتكلموا فيه بأن منشأه استبعاد أن يكون القبض واحداً والمقبوض متجزئاً بعضه أمانة وبعضه مضمون مع أنه لا بعد فيه، وله نظير من الشارع، وهي مسألة الكيس في حقيقة الاستيفاء، كمن عليه عشرة دراهم مثلاً لواحد فأعطاه كيساً فيه خمسة عشر درهماً؛ للاستيفاء منها ورد ما بقي، فضاع الكيس بما فيه فإن =

. . . .

= قدر الدين وهو العشرة مضمون على القابض، وما بقي هو والكيس أمانة في يده مع أن القبض واحد، وقد تجزأ المقبوض إلى أمانة ومضمون.

ومنع أن قدر الدين مضمون في مسألة الكيس، بل هو أمانة إلى أن يستوفي الدين وما دام قد ضاع قبل استيفاء الدين، فلا ضمان والدين باقٍ بماله، فلا تجزؤ، وبأن العلماء اتفقوا على أن المرهون مملوك للراهن وأنه إن أراد إخراجه من يد المرتهن لم يكن له ذلك بما شرط وأنه مأخوذ بنفقته ما كان حيًا، وهو مقرُّهُ في يد المرتهن، ومأخوذ بكفنه إن مات؛ لأن ملكه وإذا كان المرهون في السنة وإجماع الأمة ملكاً للراهن دفعه للمرتهن باختياره، وليس له أخذه، بل يتحتم عليه إبقاؤه في يديه بالشرط.

فأي وجه، لضمان المرتهن والحاكم يحكم له بحبسه للحقّ الذي شرط له مالكه فيه وعلى مالكه نفقته؟! وإنما يضمن من تعدى، فأخذ ما ليس له أو منع شيئاً في يديه من مالكه بغير حقٍّ مثل أن يبتاع الرجل السّلعة من الرجل فيدفع إليه ثمنها، ويمنعه البائع السلعة، فهذا يشبه الغصب والمرتهن ليس في شيء من هذه المعاني لا هو مالك للمرهون فأوجب فيه بيعاً فمنع المشتري من ملكه إيّاه، وعليه تسليمه إليه وإنّما ملك المرهون للراهن، فلا هو متعد بأخذه منه، ولا بمنعه إيّاه فلا موضع للضمان عليه في شيء من حالاته، وإنما هو رجل اشترط لنفسه على الراهن في المرهون شرطاً حلالاً لازماً استوثق فيه من حقّه طلب المنفعة لنفسه والاحتياط على غريمه لا مخاطراً بالارتهان، لأنه لو كان المرهون إذا هلك هلك حقّه كان ارتهانه مخاطرة إن سلم فحقُّه فيه وإن تلف تلف حقّه، ولو كان هكذا كان شرًا للمرتهن في بعض حالاته؛ لأن حقّه إذا كان في ذمة الراهن، وفي جميع ماله لازماً أبداً كان خيراً له من أن يكون في شيء من ماله بقدر حقّه فإن هلك ذلك الشيء بعينه هلك من ضمان المرتهن، وسقط دينه وبرئت ذمة الراهن، ولم نر ذمة رجل تبرأ إلا بأن يؤدي إلى غريمه ماله عليه أو عوضاً يتراضيان عليه، فيملك الغريم العوض ويبرأ به مدينه، وينقطع مالكه عنه أو يتطوع صاحب الحقّ بأن يبرىء منه صاحبه، والمرتهن والراهن لَيْسَا في واحد من معاني البراءة.

ورد عليه أن الاستيفاء من الماليّة دون العين، فتكون المالية هي المضمونة والعين أمانة والنفقة في الحياة والكفن في الموت للعين، وهي باقية على ملكه ولا مانع من أن تكون العين أمانة والمالية مضمونة.

وقوله: إن في الارتهان مخاطرة مردود بأن ثبوت يد الاستيفاء على المرهون يحقق معنى الصيانة، وكون الراهن عند هلاك الرهن تفرغ ذمته من الديّن بذلك أمر عارض، لا يخرج به الرّهن عن أن يكون وثيقة؛ لحفظ حق المرتهن، إذ العبرة في العقود بالموضوعات الأصلية، لا لما قد يطرأ عليها، وله نظير من الشرع، وهو الحوالة، فإنها توجب الدين في ذمة المحال عليه؛ لصيانة حقِّ الدّائن وإن كان من ضرورته فراغ ذِمّة المحيل، وبه لا ينعدم معنى الوثيقة، وكذا العارية، فإن المقصود منها منفعة المستعير، وإن كان من ضرورة حصول تلك المنفعة له أن تكون نفقة العين المستعارة عليه، فلا يخرج العقد بذلك عن أن يكون محض منفعة له إذ العبرة في العقود الشرعيّة بمعانيها التي شرعت لها.

والجواب أنه مبني على أن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء، ولم يتم وبأنه لو كان قبض المرهون قبض ضمان، لناب القبض فيه عن قبض الشراء إذا اشتراه المُرْتَهِن، كالغاصب، لما كان قبضه قبض ضمان لم يحتج إلى قبض جديد إذا اشترى الغاصب المغصوب إذ ينوب قبض الغصب عن قبض الشراء، =

= وليس الأمر كذلك عندكم إذا اشترى المرتهن المرهون، بل لا بد من تجديد قبض للبيع حتى تترتب عليه آثاره.
ورد أن المُرتَهِن لا يصير قابضاً بنفس الشراء؛ لأن الشراء لاقى العين، وهي أمانة وقبض الأمانة دون قبض الشراء.
ويدفع بأن هذه التفرقة لا دليل عليها إلا أن الاستيفاء من الماليّة، وذلك فرع ثبوت يد الاستيفاء وقد نَفَيْنَاه.
وبأنه لو كان قبضه قبض ضمان على المرتهن؛ لضمنه بالهلاك في الرهن الفاسد إذ الفاسد في حكم الضمان معتبر بالصحيح، وأنتم لا تقولون بذلك إذ المُشاع عندكم إذا رهن وقبض على شيوعه لا يكون مضموناً على المرتهن.
أجابوا: بأن المقبوض بحكم الرهن الفاسد مضمون عندنا، فإن المسلم إذا ارتهن من ذمي خمراً أو عصيراً، فتخمر في يده كان مضموناً عليه إذا هلك، وهو رهن فاسد، بخلاف الباطل كالرهن بأجرة النائحة والمغنية إذ لا عقد هناك فاسد ولا جائز؛ لانعدام الدين أصلاً.
ومنه المشاع الذي ذكرتموه على رأي.
وأما على الرأي الثاني عندنا، وهو أن رهنه فاسد إذ هو مال متقوم، ولكن منع من الصحة، فقد شرط من شروطها، فيكون مضموناً.
وهو جواب على الاصطلاح الذي يفرق بين الباطل والفاسد، ولا يعترف به المستدل.
وأما الجواب على الرأي الثاني فهو صحيح، فلا يلزم هذا الدليل الحنفية وبأنه لو كان قبضه قبض ضمان؛ لما رجع المرتهن على الراهن عند الاستحقاق والحكم عندكم إذا استحق المرهون، وهو تحت سيطرة المرتهن وضمن قيمته بعد الهلاك رجع المرتهن على الراهن بالضّمان والدَّين.
أجابوا: بأنه إنّما يرجع بالضمان عند الاستحقاق؛ للغرر، فالراهن هو المنتفع بقبض المرهون من حَيْث إنه يصير موفياً ذمّته عند الهلاك في يد المُرْتَهِن، فيصير المرتهن مغروراً من جهته من هذا الوجه.
وهو مبني على أن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء، ولا يخفى رده وبأنه لو كان قبضه قبض استيفاء؛ لخقه وكان المرهون جارية ملكها، وحل له وطؤها، ولم يكن له ردّها على الراهن اختياراً أو إلزاماً، ولو أعطاه حقّه إلا أن يتراضيا بأن يتبايعا فيها بيعاً جديداً، ولم يكن مع هذا أن يكون حقّ المرتهن إلى سنة مثلاً، بل يأخذه اليوم بلا رضا من الراهن وهذه اللوازم باطلة، وبأن رسول الله - ﷺ - لما لم يخصّ رهناً دون رهن علمنا أن ما ظهر هلاكه وخفي سواء، إذ اسم الرهن شامل لهما وظاهر فيهما، فيبقى هكذا حتى يدل دليل على أنه خاصٌّ ليس بعامٌّ وباطن ليس بظاهر، ولم يعلم دليل من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس صحيح خالٍ من الطعن يوجب المصير إلى التفصيل، ولو جاز بغير دليل جاز لقائل أن يعكس هذه الدعوى قائلاً: الرّهن الذي يذهب به إذا هلك حقّ المرتهن الظاهر الهلاك؛ لأن ما ظهر هلاكه، فليس في موضع أمانة، فهو كالرضا منهما، بأنه بما فيه أو مضمونه بقيمته.
وأما ما خفي هلاكه: فرضا صاحبه يدفعه إلى المُرْتَهِن، وهو يعلم أن هلاكه خاف رضاً منه بأمانته فيه، فيكون أميناً، فإن هلك لم يهلك من مال المرتهن شيء، فليس الأول بأولى من هذا، فلا يصحّ في هذا قول أبداً على هذا الوجه، إذا جاز أن يكون خاصًا، بلا دلالة.
وإذا تبين أن الأدلة نهضت على أن المرهون أمانة في يد المُرْتَهِن استند الحنفية إلى ما روي عن عطاء. =

. . . .

= أن رجلاً رهن فرساً عند رجلٍ بحقّ فنفق الفرس عند المرتهن، فاختصم عند رسول الله ـ ﷺ ـ فقال للمرتهن: «ذَهَبَ حَقُّكَ».

وجه الدلالة: أنه لا يجوز أن يقال: ذهب حقُّك في الحبس إذ هذا مما لا يشكل ولا أن يكون المراد من الحقّ المطالبة برهن آخر؛ لأن ذلك لم يكن حقًّا ثابتاً للمرتهن على الراهن يجب تنفيذه، فلم يبق إلا أن المراد ذهب حقّك من الدين؛ ولأنه ذكر الحق منكراً في أول الحديث، ثم أعيد معرفاً، فيكون المراد بالمعرف ما هو المراد بالمنكر.

قال تعالى: ﴿كَمَا أَرْسَلْنَا إِلى فِرْعَوْنَ رَسُولاً فَعَصَى فِرْعَوْنُ الرَّسُولَ﴾، اعترض هذا الدليل بما في سنده من الطعون، وبما في دلالة.

أخرجه أبو داود في «مراسيله» عن ابن المبارك عن مصعب بن ثابت قال: سَمِعت عطاء يحدث «أن رَجُلاً رَهَنَ فَرَساً فَنَفَق في يَدِه، فقال رسولُ الله ـ ﷺ ـ «ذهَب حَقُّكَ». انتهى. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه في أثناء البيوع (حدَّثنا عبد الله بن المبارك به) قال عبد الحق في «أحكامه» هو مرسل، وضعيف، قال ابن الغطان في كتابه: ومصعب بن ثابت بن عبد الله بـن الزبير ضعيف كثير الغلط، وإن كان صدوقاً انتهى.

قال الدارقطني يرويه إسماعيل بن أمية وكان كذاباً.

من هذا نرى: أنه نازل إلى درجة من الضّعف تجعله غير منظور إليه في باب الاستدلال على أن قول عطاء يخالفه مع أنه مروي عنه، وهذا يرجح لدى العقل أنه غير ثابت عنه أو غير صالح في نظره ومع هذا يُحْتَمل أنه ـ ﷺ ـ أراد (ذَهَبَ حَقُّكَ مِنَ الوَثِيقَةِ) بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين، وقيمة الفرس، فلم يتعين ما عيّنوه، بل هذا الاحتمال هو الراجح، فلم ينهض.

وإلى ما روي عن النبي ـ ﷺ ـ: «الرَّهْنُ بما فيه ذَهَبَتِ الرِّهانِ بِمَا فيها»، وفي رواية: «إذَا عَمِيَ الرَّهْنُ فَهُوَ بِمَا فيه».

إذ الذهاب هو الهلاك، فيكون المعنى هلاك الرّهان يكون بما رهنت فيها من الدّيون وعلى الرواية الثانية إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد هلاكه، بأن قال: كل من الرّاهن والمرتهن لا أدري كم كانت قيمته؟ فإن هَلاَكَه يكون بما رهن فيه من الدين.

وتعقب هذا الدليل في سنده ثم دلالته.

قال عليه الصلاة والسلام: «إذا عَمِيَ الرَّهْنُ فَهُوَ بِمَا فيه» قلت: روي مسنداً ومرسلاً فالمسند رواه الدارقطني في سننه في البيوع، (ص ٣٠٢)، حدّثنا محمد بن مخلد، ثنا أحمد بـن غالب، ثنا عبد الكريم ابن روح عن هشام بن زياد عن حميد عن أنس عن النبي ـ ﷺ ـ قال: «الرهن بما فيه» انتهى. قال الدارقطني: هذا لا يثبت عن حميد ومن بينه وبين مشايخنا كلهم ضعفاء، ثم أخرجه عن إسماعيل بن أمية، ثنا حماد بن سلمة عن قتادة عن أنس مرفوعاً نحوه قال: وهذا باطل عن حماد، وقتادة وإسماعيل، هذا يضع الحديث. قال ابن الجوزي في «التحقيق»: الأول فيه أحمد بـن محمد بن غالب، وهو غلام خليل كان كذاباً يضع الحديث، وعبد الكريم بن روح ضعفه الدارقطني، وقال أبو حاتم الرازي مجهول وهشام بن زياد. قال يحيى: ليس بشيء، وقال النّسائي: متروك الحديث، وقال ابن حبان: ينفرد عن الثقات بالمعضلات وفي الثاني إسماعيل بن أمية، قال الدارقطني: يضع الحديث وفي التّعليق على «نصب الراية» روي هذا الحديث من ثلاثة طرق عند الدارقطني.

الأول والثاني، كما في التخريج. والثالث: ثنا عبد الباقي بن قانع. نا عبدُ الوارث بـن إبراهيم، نا =

. . . .

= إسماعيل بن أبي أمية. نا سعيد بن راشد، نا حميد الطويل عن أنس فقول ابن الجوزي. وفي الثاني: سعيد بن راشد على ما قال: بل هو في الحديث الثالث» وسعيد بن راشد، قال يحيى بن معين: ليس بشيء، وقال النسائي: متروك الحديث.
وقال ابن حبان: لا يجوز الاحتجاج به انتهى.
عبارة التعليق معترضة بين كلام ابن الجوزي.
وأما المرسل فرواه أبو داود في مراسيله عن علي بن سهل الرملي ثنا الوليد ثنا الأوزاعي عن عطاء، عن النبي ـ ﷺ ـ قال: «الرَّهْنُ بما فيه» انتهى.
قال ابن القطان: مرسل صحيح انتهى.
وأخرجه أيضاً عن طاوس مرفوعاً نحوه سواء، وأخرج أيضاً عن أبي الزناد قال: إن أناساً يوهمون في قوله عليه الصلاة والسلام: «الرَّهْنُ بِمَا فِيه»، وإنَّما قال ذلك فيما أخبرنا الثقة من الفقهاء إذا هلك وعميت قيمته.
يقال حينئذٍ للذي رهنه: زعمت أن قيمته مائة دينار أسلمته بعشرين ديناراً ورضيت بالرهن.
ويقال للآخر زعمت أن ثمنه عشرة دنانير فقد رضيت به عوضاً عن عشرين ديناراً، وأخرج الطحاوي في شرح «الآثار» في باب «الرهن» يهلك في يد المرتهن بسند صحيح عن أبي الزناد.
قال: أدركت من فقهائنا الذين ينتهي إلى قولهم منهم سعيد بن المسيّب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبو بكر بـن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وعبيد الله في مشيخة من نظرائهم أهل فقه، وصلاح، وفضل، فذكر ما جمع من أقاويلهم في كتابه على هذه الصفة أنهم قالوا: «الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ إِذَا كَانَ هَلَكَ وَعَمِيتْ قِيمَته»، ويرفع ذلك منهم الثقة إلى رسول الله ـ ﷺ ـ قالوا: «الرَّهْنُ بمَا فِيه»، وهو حديث واحد روي بعدة روايات «١».
هذه خلاصة ما قاله العلماء في سند هذا الحديث تبين: أن المسند مطعون في رواته بالكذب والضعف والوضع، وأن المرسل وإن كان رجاله ثقات إلا أنه ليس في قوة حديث: «لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ الرَّهْنَ مَنْ رَاهَنَهُ لَهُ غنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»؛ لأنه وصل من طرق تكاد تكون صحيحة، فلا يعارضه فتسقط دلالته.
على أنه لو كان في قوته؛ لاحتمل أن المرهون محبوس بما فيه أو مضمون بما فيه عند تعدي المرتهن أو تفريطه جمعاً بينه وبين حديث «لاَ يَغْلَقُ»، فلا ينهض على ما قالوا.
وإلى الإجماع: روي عن علي ـ رضي الله عنه ـ، وكرم الله وجهه أنه قال: «يترادان الْفَضل في الرَّهْنِ»، وفيه دليل على أن المقبوض بحكم الرهن مضمون، وتقدم توضيحه بالمثال، وروي عن عمر وابن مسعود ـ رضي الله عنهما ـ أنهما قالا: «إنَّه مَضْمُونٌ بالأقل من قيمته، ومن الدّين».
فإذا كانت القيمة أكثر، فالمرتهن في الفضل أمينٌ، وهكذا روى محمد بـن الحنفية عن علي ـ رضي الله عنه، وكرم الله وجهه: «أنَّ المُرْتَهِنَ في الْفَضْلِ أمِينٌ» وروي عن الحسن البصري وشريح ومن معهما «أنَّ مَضْمُونٌ بِمَا فِيه قَلَّتْ قيمته أو كثرت»؛ فإن ورد عن شريح «الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ لأنْ كانَ خَاتِماً مِنْ حَدِيدٍ بِمَائَةِ دِرْهَمٍ».
هذا بيان الاختلاف الذي كان بين المتقدمين في الرّهن، وهذه الأقوال الثلاثة متفقة في أصل الضمان ومجمعة عليه إلى أن أحدث الشافعي قولاً رابعاً: أنه أمانة، ولا يسقط شيء من الدّين بهلاكه، وهو مخالف للإجماع فيرد «٢».
نظرة منصفة ترينا مكانة هذا الإجماع. =

. . . .

= إذا بحثنا علمنا أنه لم يجيء فيه كلمة إلا عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود ـ رضي الله عنهم ـ من الصحابة.

فأما عمر: فلم يصح عنه ذلك؛ لأنه من رواية عبيد بن عمير وعبيد لم يولد إلا بعد موت عمر أو أدركه صغيراً لم يسمع منه شيئاً. قال البيهقي: ليس بمشهور عن عمر. وأما ابن عمر: فلم يصح عنه؛ لأنه من رواية إبراهيم بن عمير عنه، وهو مجهول.

وقد روي عنه: «يَتَرادَّانِ الْفَضْل»، وهو خلاف قول الحنفية.

وأما علي: فمختلف عنه في ذلك وأصح الرّوايات عنه إسقاط التضمين فيما أصابته جائحة، قال ابن حزم: روينا من طريق الحجَّاج بْنِ مِنْهال. نا هَمَّام بـن يحيى أنا قتادة عن خلاس أن علي بن أبي طالب قال في «الرهن»: «يترادان الْفَضل فَإِن أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ بُرِىءَ»، فصح أنه لم يتراد الفضل إلاّ فيما تلف بجناية الْمُرْتَهِن لا فيما أصابته جائحة، بل رأى البراءة له فيما أصابته جائحة.

وأما عن ابن مسعود فهو غريب.

وصح عن عطاء أنه قال: الرَّهْن وثيقة أن هلك، فليس عليه غرم بأخذ الدين الَّذي له كله.

وصح عن الزهري: أنه قال في الرهن: يهلك أنه لم يذهب حقّ هذا إنما هلك من رب الرّهن له غنمه وعليه غرمه «١».

فأين إجماع المتقدمين؟ ومن هنا يتبين أن دعوى إحداث الشافعي أن المرهون أمانة في يد المرتهن لا ظل لها من الحقيقة.

وإلى أن الثابت لِلْمُرْتَهِنِ يد الاستيفاء، والحبس الدائم؛ لأن لفظ ينبيء عنه والأحكام الشرعية تثبت على وفق معانيها اللغوية؛ ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء، وهو أن يكون موصلاً إليه ويثبت ذلك بملك اليد والحبس، ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن المرهون؛ وليكون عاجزاً عن الانتفاع به فيسارع إلى قضاء الدين؛ ولضجره، فإذا ثبت هذا المعنى ثبت الاستيفاء من وجه، وقد تقرر بالهلاك، فلو استوفى الدين بعده أدى إلى الرّبا إذ يكون استيفاء ثانياً، ولا يلزم ذلك حالَ قيام الرهن؛ لأن استيفاء الأول ينتقص بالرَّدِّ على الراهن، فلا يتكرر، ولا يقال: إنما صار مستوفياً بملك اليد لا بملك الرقبة، وقد بقي حقّه من ملك الرّقبة فكان له أن يستوفي؛ ليأخذ حقّه كاملاً، أو صار مستوفياً بالمالية دون العين، فيكون له الاستيفاء ثانياً؛ ليأخذ حقّه كاملاً في العين؛ لأنا نقول: لا وجه إلى استيفاء الباقي، وهو ملك الرقبة بدون ملك اليد، أو ملك العين بدون ملك المالية إذ لا يتصور ذلك، فيسقط؛ للضرورة، كما إذا استوفى زيوفاً مكان الجياد.

فإن حقَّه في الجودة يبطل؛ لعدم تصور استيفاء الجودة وحدها بدون العين، فإذا لم يملك العين بقي ملك الراهن فيها، فتكون أمانة في يد المرتهن؛ ولهذا كانت نفقة المرهون حيًّا، وكفنه ميتاً على الراهن؛ لأنهما مؤنة ملكه.

ورد عليه أن ثبوت يد الاستيفاء والحبس الدائم لَيْسَا بموجبي عقد الرهن، ولو سلم ذلك لزم محظور آخر خلاف محظور الرّبا، وهو أنه إذا لم يستوفه ثانياً أصلاً أدى إليه ضياع بعض حقِّهِ، وهو: استيفاء الرّقبة والتأدي إلى ضياع حقِّ المسلم محظور شرعاً أيضاً، فما الوجه في ترجيح اختيار هذا المحظور على اختيار المحظور الآخر. أي: محظور الرّبا لا شَكَّ أنه ترجيح بلا مرجح وهو باطل. =

أقلَّ من الدَّين يَسْقُط بهلاكِهِ من الدَّين بقدر قيمته، وإن كان قيمتُه أكثرَ من الدين، يسقط الدينُ بِهَلاَكِهِ، ولا يضمن الزيادة.

وقال الشَّعْبِيُّ، والنَّخَعِيُّ: هو مضمونٌ بجميع الدَّيْنِ بالغاً ما بلغ، والحديثُ حُجَّةٌ عليهم؛ حيث قال: «لَهُ غُنْمُه» يعني: للراهن زيادته، «وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» يعني: نقصانه:

ولأن ما تبرع وثيقة لِلدَّيْن لا يسقطُ الدين بِهَلاكِهِ، كالكَفِيلِ إذا مات.

ولو رَهَنَ شيئاً بشرط أن يكون مَضموناً على المرتهن ـ كان فاسداً، ولا يكون مضموناً

= وإلى أن المرهون قبض؛ للاستيفاء فيضمنه من قبضه لذلك، وكذا نائبه كحقيقة الاستيفاء.
تعقب بأن المستوفى صار ملكاً للمستوفي، وله نماؤه وغنمه فكان عليه ضَمَانُهُ وغرمه بخلاف الرهن.
وإلى أن محبوس بدين، فكان مضموناً كالمبيع إذا حبس؛ لاستيفاء ثمنه. واعترض بمنع أن المبيع قبل القبض مضمون.
استدل الإمام مالك ومن معه بالاستحسان، ومعناه أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه، وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي يذهب إليه الإمام مالك فضعفه قوم، وقالوا: إنه قول بغير دليل ومعنى الاستحسان عند مالك: أنه جمع بين الأدلة المتعارضة، وإذا كان كذلك، فليس هو قولاً بغير دليل. فكأنه جمع بين الأدلة المثبتة للضمان وبين الأدلة المثبتة؛ لأمانة المُرْتَهِن بأن هذه فيما يخفى وذه فيما يظهر.
ونوقش بأن أدلة الضّمان لم تصحّ، فلا حاجة إلى الجمع، وعلى فرض صحتها فالجمع بأن أدلة الضمان محمولة على حالة التعدي والتفريط أولى.
قال الشافعي بعد أن ذكر صوراً بيَّن فيها تناقض القائلين بالضمان، وبأن الزيادة أمانة: أخبرني من أثق به عن بعض من نسب إلى العلم منهم أنه يقول: لو رهن الجارية بألف، ثم أدى الألف إلى المرتهن، وقبضها منه ثم دعاه بالجارية، فهلكت قبل أن يدفعها إليه هلكت من مال الرّاهن، وكانت الألف مسلمة للمرتهن؛ لأنها حقّه، فإن كان هذا فقد صاروا إلى قولنا: وتركوا جميع قولهم.
ورد على القائلين بأن الرّهن بما فيه حين قال قائل منهم: ألا ترى أنه لما دفع الرّهن يعني: بشيء بعينه، ففي هذا دلالة على أنه قد رضي الرّاهن والمرتهن بأن يكون الحقّ في الرهن.
قال الشافعي: ليس في ذلك دلالة على ما قلت قال: وكيف؟ قال الشافعي: إنما الرِّضا بأن يتبايعاه، فيكون ملكاً لِلْمُرْتهِن، فيكون حينئذٍ رضا منهما به، ولا يعود إلى ملك الرّاهن إلا بتجديد بيع منه، وهذا في قولنا وقولكم: ملك للراهن فأي رضا منهما، وهو ملك للراهن، بأن يخرج من ملك الراهن إلى ملك المرتهن؟ فإن قلت: إنما يكون الرضا إذا هلك، فإنما ينبغي أن يكون الرضا عند العقدة والدفع، فالعقدة والدفع كانا والمرهون ملك للراهن، ولا يتحوّل حكمه عما دفع به؛ لأن الحكم عندنا وعندك في كل أمر فيه عقدة، إنما هو على العقدة.
ولعلي أكون بعد ما قدمت منصفاً إذا رجحت رأي القائلين أنه أمانة عند المُرْتَهِن، ولا يسقط بهلاكه شيء من الدين. والله أعلم بالصواب.
ينظر: نص كلام الشيخ حسن مصطفى في «الرهن»، بداية المقتصد (٢/ ٢٣٩)، مبسوط (٢١/ ٦٦)، فتح القدير (١٠/ ١٣٨)، النظم المستعذب (١/ ٣٠٩)، القاموس (٣/ ٢٧٣)، نيل الأوطار (٥/ ٢٠٠)، الأم (٣/ ١٦٥)، نصب الراية (٦/ ٦٤، ٦٥). =

عليه؛ لأن ما كان أمانة لا يصير بالشَّرط مضموناً؛ كما لو دفع إليه وَدِيعةً، أو دفع إليه مالاً قراضاً، أو أجَّر داره بِشَرْطِ الضَّمانِ؛ لا يكون مضموناً، وما لا يكون صحيحه مضموناً، لا يكون فاسدُه مضموناً.

ولو رهن منفعة دار لا يَصِحُّ، فلو سلم الدار لا تكون مضمونةً على المرتهن، لا عينها ولا منفعتها؛ لأنها مقبوضةٌ بحكم الرهن الفاسد، بخلاف ما لو أجر إجارة[1] فاسدةً وسلم ـ يضمن المستأجر منفعتها؛ لأنه تبرع منه على شَرْطِ ضمانِ المنفعةِ، فإن سكن المرتهنُ الدارَ، أو أسكنها غيره ـ يضمن أُجْرَةَ المثلِ؛ لأنه يتعدَّى بإتلاف المنفعة.

ولو دفع عبداً أو شيئاً إلى رَبِّ الدَّيْنِ، فقال: خُذْ هَذَا بحقِّك، فقبل ـ مَلَكَهُ ربُّ الدين؛ كما لو باعه منه، ولو لم يقبل دخل بالأخذ في ضمانه بحكم البيعِ الفاسِدِ.

ولو قال: استوف حَقَّكَ من ثمنه، فهو أمانةٌ في يَدِهِ. ولو قال: خُذْ هذا الكيس بِحَقِّك، فإن كان ما فيه معلوماً، وكان جنس حَقِّهِ وقدره ـ ملكه. وإن كان أكثر لا يملكه، ودخل في ضمانه بحكم الشِّرَاءِ الْفَاسِدِ.

وكذلك إذا كان ما فيه مَجْهولاً، ولو قال: خُذْهُ واستوفِ حَقَّك منه، فهو أمانةٌ في يده قبل أن يَسْتوفِيَ منه حَقَّه، فإذا استوفى دَخَلَ في ضمانه ما أخذه بِحَقِّهِ.

ولو دفع إليه شيئاً، فقال: رَهَنْتُكَ هذا بِحَقِّك، فإذا حلَّ الأجلُ فهو مبيع منك.

أو إذا لم أَقْضِكَ حقك فهو مبيع منك؛ فهذا فاسد؛ كالرهن المؤقت، وهو أن يقول: رهنتك شهراً، يعني: إذا مضى الشهرُ يخرج عن الرَّهْنِ، ثم هو أمانة في يده قبل حُلول الحقِّ؛ لأنه يمسكه بحكم الرَّهْن الفاسدِ.

وبعد حُلُولِ الحقِّ يكون مَضْمُوناً عليه؛ لأنه في يَدِهِ بحكم البيعِ الفاسِدِ.

فإنْ كان ذلك أرْضاً غَرَسَ فيها المرتهنُ، نظر: إن غَرَس قبل حُلُولِ الأجل، يقلع مجاناً، وإن غرس بعده نظر:

إن كان عالماً بفساده يقلعُ مجاناً، وإن كان جَاهِلاً، لا يقلع مجاناً، ولكن الراهن [فيها][2] بالخيار بين ثلاثة أشياء:

إما أن يتملَّكها بالقيمة، أو يُقِرَّها بالأجرةِ، أو يقلعها، ويضمن أرشَ النقصان.

---

(١) في ظ: أجرة.

(٢) سقط في ظ.

فَصْلٌ ما يُشْتَرَطُ لِبَيعِ الرَّهْنِ

لا يجوزُ للمرتهن بَيْعَ الرهن عند المحلِّ إلا بإذن الراهن، فإن أذن له في بيعه عند الْمَحِلِّ، فباع بحضرة الراهن ـ صح. وإن باع بغيبته: فيه وجهان:

أحدهما، وبه قال أبو حنيفة: يصحُّ لوجودِ إذنِ المالك.

والثاني وعليه نص: أنه لا يَصِحُّ؛ لأنه يبيعه في حَقِّ نفسه، فيكون متهماً؛ لأنه ينظر لنفسه أكثر مما ينظر لمالكه.

فحيث قلنا: يصحُّ، إنما يصحُّ إذا باع لمالكه، فإن باع لنفسه لا يَصِحُّ؛ لأنه ليس بمالكٍ له، ولا يجوزُ أن يبيعَ مالَ الغير لنفسه.

ولو قال الراهن: بِعْهُ لنفسك، لا يصحُّ التوكيلُ، ولو قال: بِعْهُ لي، واقبض الثمن لنفسك، صَحَّ بيعُه، ولا يصحُّ قبضُه لنفسه، فإن قال: اقبضه لي، ثم اقبض مِنِّي لنفسك، صَحَّ قبضُه لِلرَّاهِنِ، وهل يصحُّ قبضُه مِنه لنفسه؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: لا يصح، فإن امتنعَ الراهنُ من أن يبيع، أو يأذن في البيع ـ أجبره الحاكمُ على أن يَبِيعَ، أو يأذن في بيعه، فإن لم يفعل، باعَهُ الحاكمُ.

وعند أبي حنيفة: لا يبيعه الحاكمُ، بل يحبسه حتى يبيعَ.

فإن حلَّ الحق، والراهن غائِبٌ، أثبت بالبينة عند الحاكم حتى يَبِيعَهُ، فإن لم يكن له بيّنةٌ، له أن يبيعه بنفسه؛ كمن ظفر بغير جنس حَقِّه من مال المديون، ولا حجة له عليه ـ يجوز أن يبيعه بنفسه، ويستوفي حَقَّهُ من ثمنه. ولو وضعا الرهن عند عَدْلٍ، فالعدلُ حافظٌ لهما جميعاً، لا يجوز له دفعُه إلى أحدهما إلا بإذن الآخر.

فإن فعل كان ضامناً، ويسترد إن كان قائِماً. وإن تلف عند مَنْ دفعه إليه؛ فإن كان دفعه إلى المرتهن، فإن كان الحق حالاً، والقيمة من جنس الدين، يتقاصان[1]، وإن لم يكن من جنسه، أو كان الحقُّ مُؤَجَّلاً ـ يؤخذ منه قيمته، والراهن إن شاء غرم العدل، وإن شاء غرم المرتهن، وقرار الضَّمانِ على المرتهن.

فإذا أخذت القيمة كان رَهْناً عند العدل، وإن دفعه الْعَدلُ إلى الراهن، فالمرتهن يرجعُ بكمال قيمته.

---

(١) المُقاصَّةُ: قاصَّه: كان له دين مثل ما على صاحبه فجعل الدَّيْن في مقابلة الدَّين. ينظر: المعجم الوسيط (٧٤٦/٢).

وإن كان أكثر من حَقِّه، فيغرّم أيهما شاء، والقرار على الرَّاهِن، فتؤخذ القيمةُ منه، وتوضع عند العدل رَهْناً.

فإن غصب المرتهنُ الرهنَ من العدْلِ ـ كان ضامناً، فلو ردّه إلى العدل برأ؛ لأنه أمينُ الراهن، فيده في الحفظ كَيَدِ الراهن؛ كما لو غصب الوديعةَ من المودع، أو العين المستأجرة، ثم ردّه إليهما ـ يبرأ عن الضَّمانِ.

وكذلك لو غَصَبَهُ من المرتهن، ثم ردَّه إليه ـ يبرأ، ولو غصب من المستعير أو المستام، ثم ردّ إليه ـ هل يبرأ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يبرأ؛ لأن المالك قد رَضِيَ كوْنَهُ في يده.

والثاني: لا يبرأ؛ لأن يد المستعير والمستام، يَدُ ضمان؛ فلا تحصل براءةُ الغاصب بالرَّدِّ إليهما؛ كما لو غَصَبَ من الغاصِب، ثم ردّه إليه ـ لا يبرأ.

ولو جعلا الرَّهن على يدي عَدْلَيْن، هل ينفرد أحدُهما بحفظه؟ فيه وجهان:

أحدهما: بلى؛ لأنه يشقُّ اجتماعهما على حِفْظِهِ.

والثاني: لا؛ لأن الاعتمادَ كان عليهما؛ كما لو وكل رَجُلَيْنِ بالبيع لا ينفرد به أحدهما، وهذا أصحُّ.

فإن قلنا: لا ينفرد يجعلانه في حِرْزٍ لهما.

وإن قلنا: ينفرد، فإن اتفقا على أن يَحْفَظَهُ أحدُهما ـ كان عنده، وإن تَشَاحَّا[1]، فإن كان الشيءُ مما لا ينقسم ـ يحفظ هذا مدة وذلك مدة.

وإن كان مما ينقسم، يقسمان، فَيَحْفَظُ كُلُّ واحد نِصْفَهُ، فإن فعلا، ثم سَلَّم أحدُهما إلى الآخر نصفه ـ جاز.

ولا يجوزُ للعدل بيعُ الرهن إلا بإذن المُتَرَاهِنيْنِ، فإذا أَذِنَ له الراهنُ في بيعه، إذا حلَّ الحق ـ يجوز بيعه، وهو وكيل من جهته، ولكن لا يبيعُ إلا بإذن المرتهن.

وإذا أذِنا له يجوزُ له بيعه في غَيْبَتِهِمَا؛ لأنه لا يبيعُ لنفسه، وإذا رجع أحدُهما عن الإذن قبل البيع ـ لم يَجُزِ البيعُ.

وكذلك لو مات أحدُهما قبل البيع يَنْعَزِلُ في حَقِّهِ، ولا يجوز للعدل إذا باعه، حيث جوزنا أن يبيعه إلا بِنَقْدِ البلدِ حالاً، فلو باع بغير نَقْدِ البلد، أو نَسِيئَةً، أو بدون ثَمَنِ المثلِ ـ

---

(١) تشاحًا: في الأمر وعليه: تسابقوا إليه متنافسين فيه، تشاح الخصمان: بدا حرصهما على الغلبة. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٤٧٦).

لا يصح، فإذا سلم إلى المشتري صار ضَامِناً، فإن كان قائماً يستردُّ، ويكون مضموناً على الْعَدْلِ. ولكن يجوزُ له بيعُه؛ لأن الإذنَ لم يرتفع، فإذا باعه وأخذ الثَّمن ـ فالثمنُ لا يكون مضموناً عليه؛ لأنه لم يتعدَّ فيه.

وإن هَلَكَ في يدِ المشتري في البَيْعِ الفاسِدِ ـ فالراهنُ بالْخِيَارِ؛ إن شاء ضمَّن العدل، وإن شاء ضمّن المشتري، وقرار الضَّمان على الْمُشْتَرِي؛ لأن الهلاك كان في يَدِهِ.

ولو باعه العدلُ بثمن المثل، ثم جاء آخر وَطَلَبَهُ بأكثر ـ نظر: إن كان بعد التفرُّق عن المجلس ـ لا يردُّ البيع الأول.

وإن كان قبل التفرق، عليه أن يبيع من الثَّاني، فإن لم يفعلْ، فالبيعُ الأولُ مَرْدُودٌ.

وقيل: لا يلزمه البيعُ من الثاني، ولكن يستحبُّ ذلك؛ لأنه لا تتحقَّق هذه الزيادة؛ لجواز أن يكون قَصْدُ الزائد، إفسادَ الْعَقْدِ الأولِ.

والأول المذهَبُ؛ لأن مجلسَ العقدِ، كحالة المعاقدة، ولا يجوزُ العقد بثمن المثل، وثَمَّ من يطلب بأكثر.

فلو رَجَعَ الثاني نظر: إن كان قبل التمكُّن من البيع منه ـ فالبيعُ الأولُ بحاله، وإن كان بعد التمكُّن فقد انفسخَ الأول؛ فعليه تَجْدِيدُ العقدِ مع الأول أو مع غيره.

وإن[1] باعه العدلُ بإذنهما، فأخذ الثمن ـ فهو من ضَمَانِ الرَّاهِنِ. وعند أبي حنيفة: من ضَمانِ المرتهنِ.

ولو تلف في يَدِ العدل، ثم خرج الرهنُ مستحقًّا ـ فالمشتري بالخيار، إن شَاءَ رجع بالثمن على الْعَدْلِ، وإن شاء على الرَّاهِنِ، والقرارُ على الرَّاهِنِ.

حتى إذا أخذ من العدل يرجع [العدلُ على الرَّاهِنِ، ولو ماتَ الراهنُ فأمر الحاكمُ العدلَ][2] أو غيره ببيعه، فباع وتلف الثمن، ثم خرج مستحقًّا ـ فالمشتري [بالْخِيَارِ][3] يرجع بالثمن في تَرِكَةِ الرَّاهِنِ، والعدل هل يكون طريقاً في الضَّمانِ؟

فيه وجهان:

أصحُّهما: لا؛ لأنه نائبُ الحاكم، والحاكمُ لا يطالب به، كذلك نائبه.

والثاني: يكون طريقاً؛ كما لو باعه بإذن الرَّاهِن يكون طريقاً.

---

(١) في ظ: وإذا.
(٢) سقط في ظ.
(٣) سقط في ظ.

ولو قال الْعَدْلُ: تلف الثَّمَنُ في يدي، قبل قولُه مع يمينه؛ لأنه أمين، ولو قال: دفعته إلى الْمُرتَهِنِ، وأنكر المرتهنُ ـ فالقولُ قولُ المرتهن مع يَمِينِهِ، فإذا حلف رَجَع على الراهنُ بِحَقِّهِ.

والراهنُ يرجعُ على الْعَدْلِ؛ لأنه متعدٍّ بترك الإِشْهَادِ.

ولو قال أحدُ المتراهنين للعدلِ: بِعْ بالدَّرَاهِمِ، وقال الآخر: بالدَّنانِيرِ ـ لا يبيعُ بواحدٍ منهما، بل المتراهنان يَرْفعانِ الأمرَ إلى الحاكم؛ ليبيعه بنقد البلد، ولا يَجِبُ على العدل أن يأتي الحاكم.

وإن رأى الحاكمُ أن يبيعه بجنسِ حَقِّ المرتهن ـ جَازَ.

وليس لأحدِ المتراهنين نقلُ الرهن من الْعَدْلِ الذي اتفقا عليه إلى عَدْلٍ آخر، إلا أن يتفقا عليه.

وإن تغيَّر حالُ العدل فأيهما دعا إلى إخراجه من يَدِه ـ له ذلك، ولكن لا يفعلُ بنفسه إلاَّ باتفاقهما، فإن لم يتفقا تَرَافَعَا إلى الحاكم حتى يَضَعَهُ عند عَدْلٍ آخَرَ.

وكذلك لو مات العدلُ، أو كان الرهنُ في يدِ المرتهن، فمات المرتهن ـ لا يترك الرهن في يد وارثه، إلا أن يتفقا عليه، وإن لم يتفقا، وضعه الحاكم عند عَدْلٍ.

إن أتلف العدلُ الرهن عمدًا ـ أخذت قيمته ووضعت عند آخر.

وإن أتلفه مخطئاً، لا يخرج به عن العَدَالةِ، فتأخذ القيمةُ منه وتوضع عنده؛ كما لو أتلفه متلفٌ.

ولو أتلفه متلفٌ في يَدِ العدل بعد ما أَذِنَا له في بيعه ـ فليس للعدلِ بيعُ قيمته؛ لأن من أمر ببيع شيءٍ لا يكون مأموراً ببيع بَدَلِهِ، ومن استحفظ شيئاً كان مستحفظاً بدَلَهُ.

ولو أراد العدلُ ردَّ الرَّهْنِ ـ له ذلك، ثم إن كانا حاضرَيْن أو وكيلهما ردّ إليهما، فإن دفع إلى أمين، أو إلى الحاكم مع حضورهما ـ ضمن، وإن كانا غائبين نُظِر: إن أراد العدلُ سفراً، فدفعه إلى الحاكم ـ لم يضمن، وعلى الحاكم قبولُه إذا دفع إليه.

وإن دفعه إلى أمين بغير أمر الحاكم ـ وثَمَّ حاكم ـ يضمن، وإن لم يكن ثَمَّ حاكم، لا يضمن.

وإن لم يرد سفراً، فدفعه إلى غير الحاكم ـ ضمن، سواء كان ثمَّ حاكم أو لم يَكُنْ، وإن دفعه إلى الحاكم هل يضمن؟ فيه وجهان، وكذلك الوديعة.

ولو ادعى العدلُ هَلاكَ الرَّهْنِ في يده ـ يقبل قولُه مع يمينه، وكذلك لو ادعى الرد إليهما؛ كالمودع إذا ادَّعَىٰ هلاك الوديعة، أو ردها ـ يقبل قوله، وكذلك المرتهنُ لو ادَّعى

هَلَاكَ الرَّهْنِ، يقبل قولُه مع يمينه، سواء خَفِي هَلَاكُهُ أو ظَهَرَ.

وعند مالك: إذا خفي هلاكُه لا يقبل. ولو ادَّعى ردَّه هل يقبل؟

فيه وجهان:

أحدهما: يقبل؛ لأنه أمينٌ كالمودع.

والثاني: لا يقبلُ؛ لأنه كان يُمْسِكُهُ لمنفعة نَفْسِهِ؛ بل القولُ قولُ الراهن مع يمينه، والله أعلم.

فَصْــلٌ

إذا رَهَنَ عبد الغير بدَينِ نَفْسِهِ بإذن المالك ـ يجوز، بخلاف ما لو بَاع مالَ الغيرِ لنفسه لا يجوز؛ لأن البيعَ إزالةُ الملك بعوض؛ فلا يجوز أن يملك هو الثمن، والمثمن ليس له.

أما الرهنُ فاستيثاق، والاستيثاق يحْصُلُ بما لا يملك؛ كما يحصل بالْكفَالَةِ وبالإشْهَادِ، فإذا رهن مال الغير بِدَيْنِهِ، يسلك به مسلك الْعَارِيَّةِ، أو مَسْلَكَ الضَّمانِ؟

فيه قولان:

أحدهما: مسلك العارية؛ لأنه نوعُ انتفاع بمال الغير.

والثاني وهو الأصحُ: يسلك به مَسْلَكَ الضَّمانِ؛ لأنه ضمن دين الغير في رَقَبةِ عبده، وذمته فارغة؛ كما لو أذن لعبده في ضَمانِ دين ففعل ـ صَحَّ، وليس كالعارية، لأن منفعة العارية تكونُ للمستعيرِ، وههنا منفعةُ الرَّهن تكونُ للمالك لا لمن رَهَنَهُ.

وهل يجبُ بيانُ ما يرهنه به؟

إن قلنا: عارية، لا يجب؛ لأن جِهَةَ الانتفاع معلومةٌ، وإن قلنا: ضمان، يجب أن يبيّن الجنس والقدرُ المرهون منه والأَجَلَ. وعلى القولين، لو بيَّن لا يجوزُ أن يتجاوَزَهُ، فإن قال: ازهنْ بعشرةٍ ـ لا يجوزُ أن يرهن بأكثر.

فإن رَهَنَ بأقل جَازَ، ولو قال: ارْهنْ بدراهم ـ لا يجوز أن يَرْهَنَ بِدنانِيرَ، أو قال: بدنانير ـ لا يجوزُ أن يَرْهَنَ بدراهم.

ولو قال: ارْهنْ من فلان ـ لا يجوز أن يَرْهَنَ من غيره.

ولو قال: بدين حَالٍّ ـ لا يجوز [بدين مُؤَجَّلٍ][1]؛ لأنه لا يمكنه مطالبته بِفَكِّهِ في الحالِّ، ولو قال: بِمُؤَجَّلٍ ـ لا يجوز أن يرهن بحالٍّ؛ لأنه يباعُ في الدَّيْنِ في الْحَالِّ.

---

(١) في ظ: أن يرهن بمؤجل.

قلت: ولو استعارَ ليرهن من واحد، فرهن من اثنين ـ لا يجوز؛ لأنه رَهَنَهُ من غير مَن أمره.

ولو استعاره ليرهن من اثنين، فرهن من وَاحِدٍ ـ لا يجوز؛ لأنه إذا رَهَنَ من اثنين يفتكُّ نصفُه بأداء نِصْفِ الْحَقِّ، وإذا رَهَنَ من واحدٍ لا يفتكُّ شيءٌ منه إلا بأداء جميع الْحَقِّ.

ولو استعار عبداً من رَجُلينِ، فرهنه من واحد ـ جازَ. فإذا قضى نصف الْحَقِّ عن نصيبِ أحدهما بعينه، هل يفتكُّ بنصيبِه؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يفتكُّ؛ كما لو كان العبدُ لواحدٍ، ورهنه من واحد، فأدى نِصْفَ الْحَقِّ ـ لا يفتكُّ شيءٌ من الرَّهْنِ.

والثاني: يفتك؛ كما لو رَهَنَ رجلانِ من رجل، فأدّى أحدُهما نصيبه ـ يفتك نِصْفُهِ.

فإن قلنا: يفتكُّ، فهل للمرتهن الخيارُ في فَسْخِ البيعِ، إن كان الرهن مشروطاً فيه، وكان جَاهِلاً به؟

فيه قولان، لابن سريج:

أحدهما: لا خيارَ له؛ لأنه لا ضَرَرَ عليْهِ.

والثاني: له الخيار؛ لأن قضيّة الرَّهْنِ ألا يفتك شيءٌ منه إلا بَعْد أداء جَميعِ الحقِّ، وها هنا لم يَحْصُلْ له مقتضاه.

وإذا رهن عبد الغير بِدَيْنِهِ، فإن قلنا: عارية ـ للسيد أن يُطالَب بِفِكَاكِهِ، ويستردَّه متى شَاءَ، حَلَّ الدينُ أو لم يَحُلَّ ثم إن كان الرهنُ مشروطاً في البيع ـ يجوز للمرتهن فَسْخُ البيعِ إن كان جَاهِلاً بِالْحالِ.

وإن قلنا: ضَمانٌ، ليس للمالك أن يَسْتَرِدَّهُ، بل إن كان الدينُ حالاً يطالب الراهن بِفَكِّهِ، وإن كان مُؤَجَّلاً فلا مطالبة له حتى يَحِلَّ الأجلُ، كمن ضمن دَيْناً مُؤَجَّلاً، ليس له مطالبةُ المضمونِ عنه بتعجيله حتى تَبْرَأَ ذمَّتُه.

فإذا حَلَّ الأجلُ فأراد المرتهنُ إنظار الراهن ـ فللمالك أن يقول: إما أن تطالبه بِحَقِّك حتى يفتك الرهنُ، أو ترد إليَّ مالي، كما في الضمان، إذا مات المضمونُ عنه، حَلَّ الدين عليه، ولا يحلُّ على الضَّامِنِ.

ثم إن لم يطلب ربُّ الدين حَقَّه من التَّرِكَةِ ـ للضَّامِنِ أن يقول له: إما أن تطلب حَقَّك من التركة، أو تبرىء ذمتي؛ لأني أخاف فَوَاتَ التركة عند المحلِّ، ولو بيع الرهنُ في الدَّين، رجع المالكُ على الراهن بقيمته على القوليْن جميعاً، ولو بيع بأكثر من قيمته، فإن قلنا، عاريةٌ، ليس للمالك إلا قيمته، والْباقي للرَّاهن.

وإن قلنا: ضَمَانٌ، رجع بالثمن، سواء بِيعَ بقدرِ قيمته، أو أقل أو أكثر، ولو باعه المالك، أو أعتقه، إن قلنا: عارية ـ يَصِحُّ بيعه وإعتاقه، وكان رجوعاً، وإن قلنا: ضمان، فلا يصحُّ بيعُه وإعتاقه، كإعتاق المرهونِ.

فإن قلنا: ينفذ. فعلى المالك أن يرهن قيمته مكانه.

ولو هَلَكَ في يدِ المرتهن؛ إن قلنا: عارية ـ تجب القيمةُ على الرَّاهِنِ؛ كما لو هلك في يَدِ الرَّاهِنِ، وإن قلنا: ضَمَانٌ لا شَيْءَ عليه.

ولو جنى العبد، فبيع في الجنَايةِ، إن قلنا: عارية ـ فعلى الراهن قيمتُه للمالك، وإن قلنا: ضمان، لا شَيْءَ عليه.

ولو قال المديونُ لإنسانٍ: ارْهنْ عبدك من فلان بِدَيني، ففعل ـ جاز، وكان نائباً عنه؛ كما لو أخذه وَرَهَنَهُ، ولو رَهَن المالكُ عبدَ نفسه بِدَيْنِ الغير دون إذنه ـ جاز، وهو متطوع.

فلو بِيعَ في الدَّيْنِ لا رجوع على المَدْيونِ بِشَيءٍ؛ كما لو قَضَىٰ دينه بغير إذنه، والله أعلم.

بَابُ الرَّهْنِ والحَمِيلِ في البَيعِ

لا يَصِحُّ الرهنُ ولا الضَّمانُ إلا مقترناً بثبوت الْحَقِّ، أو متراخياً عنه، فإن باع بشرط أن يرهن منه شَيْئاً ـ عينه بالثمن، أو بشرط أن يَتَكفَّلَ فلانٌ بالثمن ـ جاز، سواء كان الثمنُ حالاً أو مُؤَجَّلاً.

وكذلك لو شَرَطَ المشتري أن يعطيه البائع فلاناً كَفِيلاً بالْعَهْدِ ـ يجوز، ثم إن لم يرهن لا يُجْبر عليه.

وكذلك إن لم يتكفل فلان، ولكن ثَبَتَ للبائعِ الخيارُ في فَسْخِ البيع، إن لم يعط المشتري الرهن والكفيل؛ فإن أجاز العقدَ، فلا خيارَ للمشتري؛ لأنه لا نفع له في الرَّهْنِ والكفيل، إنما النفع للبائع بتوسيع محلِّ طلب الْحَقِّ عليه.

وإذا تكفل غيرُ مَنْ عيّنه، أو دفع إليه عَيْناً أخرى رَهْناً ـ لا يسقط به خيارُ البائعِ. وإذا باع بِشَرْطِ الرَّهْنِ، هل يشترط أن يذكر أنه يكون عند المرتهنِ أو عند عَدْلٍ؟ فيه وَجْهانِ:

أحدهما: يشترطُ، قطعاً للنزاع، حتى لو تركا ذكره لا يَصِحُّ الرهنُ.

والثاني: لا يشترطُ، ثم إن لم يتفقا على شَيْءٍ، وضعه الحاكم عند عَدْلٍ، ولو باعَ بشرطِ أن يرهنَ منه شيئاً، ولم يعيِّن، أو أحد عبديه ولم يعين، أو على أن يَتَكَفَّلَ الثَّمَنَ رَجُلٌ، ولم يعين ـ فالشرط فاسِدٌ للجهل، وهل يصحُّ البيع؟

فيه قولان:

وكذلك لو شرط رَهْناً فاسداً من خَمْرٍ، أو خِنْزِيرٍ، أو مَيْتَةٍ - ففي صِحَّةِ البيع قولان:

أحدهما: لا يصحُّ؛ لأنه أمرٌ يرتفق به أحدُ المتعاقدين، فشرطه مع الْجَهَالَةِ يفسد البيع كالأجل، والخيار المجهول.

والثاني، وهو اختيار الْمُزنيِّ: يصح؛ لأنه من جملة الزَّوائِدِ في العقدِ؛ بدليل أنه يجوزُ إفرادُه عن البيع، ففساده لا يوجب فَسَادَ البيع؛ كالصَّدَاقِ في النكاح، لا يوجبُ فَسَادُه فسادَ النكاح.

فإن قلنا: يصحُّ البيع، فللبائع الخيار إن كان جَاهِلاً.

ولو باع بشرط أن يرهن عبد فلان - لا يَصِحُّ الشَّرطُ؛ لأن العادة لم تُجِزْه، بخلاف ما لو شَرَطَ كفالة فلان - جاز، ثم في صِحَّة البيع قولان:

ولو باع بشرط أن يُشْهِدَ شاهِدَيْنِ وعينهما - جاز. وإن لم يعينهما هل يصحُّ الشَّرطُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح كما لو شرط رهناً أو كفيلاً مجهولاً، فعلى هذا هل يفسد البيع؟

فيه قولان.

والثاني، وهو المذهب: يصح الشرط بخلاف ما لو شرط رهناً أو كفيلاً مجهولاً، لأن أعيان الشهود غير مقصودة، وإنما المقصود عدالتهما، بحيث يمكن إثبات الحق بشهادتهما. والأغراض تختلف باختلاف المرهون والكفلاء لاختلافهم في الأمانة.

فلو شرط شاهدين معينين فلم يتحملا، هل له الخيار أم لا؟

إن قلنا: لو لم يعين الشاهدين يصح الشرط، فلا خيار له؛ لأنه لا يمكنه إشهاد آخرين. وإن قلنا: لا يصح الشرط فله الخيار.

ولو باع بشرط الرهن فهلك الرهن قبل القبض، أو تعيب، أو وجَد به عيباً قديماً، فله فسخ البيع.

ولو حدث العيب بعد القبض، فلا فسخ له.

ولو اختلفا فقال الراهن: حدث بعد القبض، وقال المرتهن: بل قبله، فالقول قول الراهن مع يمينه؛ لأن المرتهن يروم فسخ البيع، والأصل سلامته.

ولو قبض الرهن فتلف أو تعيب عنده ثم وُجد به عيباً قديماً، فلا أرش له؛ لأنه لم

يتملكه [بعوض][(١)]، وهل له فسخ البيع المشروط فيه؟ فعلى وجهين:

أحدهما: له ذلك؛ لأنه لم يسلم له جميع الرهن.

والثاني، وهو الأصح والمنصوص: أنه لا فسخ له؛ لأن فقد الصفة لا يثبت حق الفسخ بعد التلف كما لو هلك المبيع عنده ثم وَجد به عيباً، لا يثبت له فسخ البيع.

ومن قال بالأول، **قال**: **في البيع** يستدرك الظلامة بِأَخْذِ الأرشِ، ولا أرش ههنا فكان له الفسخ.

والثاني، وهو المذهب: لا يثبتُ الفسخُ؛ لأن الفسخَ إنما يثبتُ إذا أمكنه رد العين كما أخذ، حتى فرع أصحابنا عليه: وقالوا: لو رَهَنَ شَيْئَيْنِ فسلم أحدهما، فتلف في يده ـ لا يجب على الرَّاهِن تسليمُ الثَّانِي؛ لأنه رهنٌ غيرُ مقبوضٍ، ولا خيار للمرتهن؛ لأنه لا يتمكَّن من رَدِّ ما قبضه.

ولو باع شَيْئاً، وشرط أن يكون المبيعُ نَفْسُهُ رهْناً بالثمن ـ لا يصحّ البيعُ؛ لأن الثمن إن كان مجهولاً لا يجوزُ له حبسُ المبيع لاستيفاء الثَّمَن، وإن كان حالاً فحبسُ المبيع له ثابِتٌ لاستيفاء الثَّمَنِ.

فلا معنى للحبس بحكم الرهن، وبين الحبسين اختلاف، من حيث إن هَلاَك الرَّهنِ لا يُسْقِطُ الدَّين، وبهلاك المبيع المحبوس يَسْقُطُ الثَّمَنُ، والمالكُ ينتفعُ بالرهن، والمشتري لا ينتفعُ بالمبيع قبل الْقَبْضِ.

وكذلك لو شَرَط أن يقبضَ المبيع، ثم يرده إليه رهناً ـ لا يصح البيعُ.

أما إذا لم يَشْرُط ذلك في البيع، بل رهنه بالثَّمن، من غير شرط أن يرهنه بعد القبض ـ جاز.

وإن رهنه قبل القبض، والثمن مُؤَجَّلٌ. قلت: فهو كما لو رهَنَ منه بِدَيْنٍ آخَرَ، وإن كان حالاً، فلا؛ لأن الحبسَ له ثابتٌ.

فَصْلٌ في الاختِلاَفِ

إذا اختلفا في الرَّهْنِ، فقال رَبُّ الدَّيْنِ: رهنتني عبدك، وأنكر المالكُ. أو قال الرَّاهنُ: رهنتك عَبْدِي، وقال المرتهنُ: بل دارك؛ فإن كان الرَّهْنُ مشروطاً في البيع يَتحالَفانِ.

ثم إن لم يوافق أحدُهما الآخر، يُفْسَخُ العقدُ بينهما. وإن كان رهن تبرُّع، فالقولُ قولُ الرَّاهِن مع يمينه.

---

(١) سقط في ظ.

وكذلك لو قال الراهن: رَهَنْتُكَ عبدي بألف، وقال المرتهن: بل بألْفَيْنِ - فالقول قولُ الرَّاهِنِ مع يمينه، ولا ينظر إلى قيمةِ العبدِ.

ولو ادَّعى رجُلٌ على رجلين، وقال: رَهَنْتماني عبدكما هذا بألف، وقبضته منكما، فكَذَّبَاهُ - فالقولُ قولُهما مع يمينهما.

وإن صَدَّقَهُ أحدُهما، وكذَّبه الآخر - فنصيبُ المصدِّق رهن بخمسمائة، والقولُ قولُ المكذِّب مع يمينه في نصيبه.

ولو شَهِد المصدقُ للمدَّعي على شَرِيكِهِ - تقبل شهَادَتُهُ، ويحلفُ المدعى معه؛ ويكون الكلُّ مرهوناً.

ولو كذَّبه كُلُّ واحدٍ في حَقِّ نفسه، وصدّق في حق شريكه، فشهد على شريكه - هل يقبل؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يقبل؛ لأن المدعي يقول: كُلُّ واحدٍ كاذِبٌ.

والثاني: تقبل؛ لأن كذبه غيرُ معلومٍ، ويجوز أن يكون نَسِيَ، ثم يحلف المدَّعي مع كُلِّ واحد منهما، ويكون العبدُ رهناً عنده.

ولو ادَّعى رَجُلان على واحدٍ، وقالا: رَهَنْتَنا عَبْدَكَ هذا بألف، وقبضناه؛ فإن كَذَّبَهُما حلَفَ يمينين، فإن صَدَّق أحدهما، وكذب الآخر - فنصفه مَرْهونٌ عند المصدقِ، ويحلف في حَقِّ المكذِّب.

ولو شَهِدَ المصدِّق للمكذب تُقبل شهادته؛ لأنه لا يجرُّ نَفْعاً إلى نَفْسِهِ؛ كما لو كانت داراً في يَدِ رجلَيْن، وجاء ثالث، وادعى نصيب أحدهما، فَشَهِدَ له الشريكُ الآخر - تقبل.

هذا إذا أنكر الرَّهن، فإن أنكر المال، فشَهَادةُ المصدّق هل تقبلُ أم لا؟

نظر: إن ثبت المال إرثاً، لا تقبل؛ لأنه ما من جزءٍ من المِيراثِ إلا وهو مشتركٌ بين جميعِ الْوَرَثَةِ، ولا تقبلُ شهادةُ بَعْضِ الورثة للبعض في الْمِيراثِ؛ لأنه يشهدُ لنفسه، إن ثَبَت المالُ قرْضاً، أو إتلافاً، أو بيعاً - تقبل.

ولو دَفَعَ شيئاً إلى رجل؛ ليرهنه عند آخر، فيستقرض له شيئاً ففعل، ثم اخْتَلفا، فقال الراهنُ: أمرته أن يرهنه بِخَمْسَةٍ، وقال المرتهن: بل بعشرة؛ نظر: إن صدّق الوكيلُ الرَّاهن، فللمرتهن أن يدعي خمسةً على الوكيل، ويَحْلِفُ الْوكيلُ، وإن صدق الوكيلُ المرتهنَ فالقولُ قولُ المرتهنِ مع يمينه، فإذا حَلَفَ كان رهناً بخمسة، على الراهن أداؤُها، وعلى الوكيل خَمْسَةٌ.

وإذا كان لِرَجُلٍ على آخر ألفانِ، أحدهما بها رَهْنٌ، أو ضَمَانٌ، والأخرى لا رهن بها

ولا ضمان، أو أحدهما ثَمَنُ مبيعٍ محبوسٍ لاستيفائها، أو أحدهما حَالَّةٌ والأخرى مُؤَجَّلةٌ، فأدى مَنْ عليه إحدى الألفين ـ نظر: إن دفع عن الّتي بها الرهنُ، أو الضّمين، أو ثمن المبيع ـ افتكَّ الرَّهْنُ، وبرىء الضمين، وخرج المبيعُ عن الْحَبْسِ.

وإن دَفَع عن الأخرى فلا يفتكُّ ولا يبرأُ. فإن دَفَع عنهما وقع النصفُ عن هذا، والنصفُ عن ذاك.

وإن اختلف الدَّيْنانِ، أحدهما بألف والآخر خَمْسمائةٍ، يقع أثلاثاً. وإن دفع مطلقاً، فوجهان:

أحدهما: يَقَعُ عنهما.

والثاني: قاله أبو إسحاق: لِلدَّافع أن يصرفه إلى أيهما شاء.

فلو اختلفا، فقال الدَّافعُ: دفعتُ عن الذي به الرهنُ والضمين. وعن ثَمَنِ المبيع المحبوس، وقال القابضُ: بل عن الآخر ـ فالقولُ قولُ الدَّافِع مع يمينه، والاعتبار ببينةِ الدافع لا بينة الْقابِضِ. ولو أبرأ رَبُّ الدَّيْن عن أحد الدَّيْنَيْنِ، ثم اختلفا، فقال المديون: أبرأتُ عن الّذي به الرهنُ أو الكفيل، وقال رَبُّ الدَّيْنِ: عن الآخر ـ فالقولُ قولُ رَبِّ الدَّينِ مع يمينه.

ولو كان له عبدٌ فجاء رَجُلانِ، فادعى كُلُّ واحدٍ منهما أنك رَهَنْتَ منِّي جميعَ هذا العبد، وأقبضتني؛ فإن كذبهما ـ فالقولُ قولُه مع يمينه يَحْلِفُ يَمِينيْنِ. وإن صدق أحدهما يسلّم إلى المصدق، وهل للآخر تَحْلِيفُهُ؟ فيه قولان:

أصحُّهما: لا يُحلفه؛ لأن اليمينَ لطلب الإقرار، وهو لو أَقرَّ للثّاني بعدما أقر للأول ـ لا يقبل إقْرَارُهُ.

والثاني: له تَحْلِيفُهُ، بناء على ما لو قال: غَصَبْت هَذَا من فلانٍ، لا بل من فلان آخر، يسلم إلى الأول، وهل يغرمُ قيمته للثاني؟

فيه قولان:

إن قلنا: يغرم قيمته للثّاني، فههنا للثاني تَحْلِيفُهُ، فإن نَكَلَ حَلَفَ المكذِّبُ، وعلى المالك أن يَرْهَنَ قيمته مكانه.

وإن قلنا هناك: لا يغرم للثاني شَيْئاً، فههنا: هل له تحليفه أم لا؟ هذا يبني على أن النُّكولَ وردَّ اليمين بمنزلة الإقرار، أم بمنزلة الْبَيِّنَةِ. إن قلنا: بمنزلة الإقرارِ، ليس له تَحْلِيفُهُ، وإن قلنا: بمنزلة البينةِ، له تَحْلِيفُهُ، فإن نَكَلَ حَلَفَ المكذبُ، وعلى المالك أن يَرْهَنَ قِيمَتَهُ.

وقيل: إن قلنا: كالبينة، يسلم العين إلى الثاني، وليس بِصَحِيحٍ؛ لأن النُّكولَ وَردَّ

اليمينِ بمنزلةِ البيِّنةِ في حَقِّ المتداعيين لا في حَقِّ ثالثٍ، وههنا تعلَّق به حَقُّ الأول.

وإن صدقهما جميعاً، نظر: إن لم يَدَّعيا السَّبق أو ادَّعيا. وقال المدعى عليه: لا أعلمُ السَّابق منهما ـ ففيه وجهان:

أحدهما: الرهنُ باطِلٌ في حَقِّهِمَا؛ كالنِّكاحَيْنِ إذا تَعَارَضَا؛ لأنه لا يجوزُ أن يكونَ كُلُّ العبدِ مرهوناً عند كُلِّ واحد منهما.

والثاني: يرهن من **كُلِّ واحدٍ نِصْفَهُ**؛ لأنه يقبلُ التَّشريك، بخلاف النِّكاحِ. فإن صدق أحدُهما في السبق فهو له، والاعتبار بالقبض، حتى لو صدّق أحدهما بسبق العقد، وصدّق الآخر بسبق القبض ـ فهو لمن سَبَقَ قَبْضُهُ.

هَذا إذا كان العبدُ في يَدِ المصدّقِ، أو في يَدِ المالكِ، أو في يَدِ ثَالِثٍ؛ فإن كان في يَدِ المكذِّب ـ ففيه قولان:

أحدُهما: هو لمن في يَدِهِ لا للمصدّق.

والثاني، وهو الأصحُّ: (هو) للمقرِّ له بالسَّبق؛ لأن اليدَ لا تدلُّ على الرهن.

فإذا أرجحنا باليد، فقال الذي في يديه: قد قبضه كُلُّ واحدٍ مِنَّا ـ يبطل حَقُّهُ، ويسلم الكلُّ إلى المصدِّقِ؛ لأن صَاحِبَ اليدِ أقرَّ للمصدِّق بقبض ما بعد.

وإن كان العبدُ في أيديهما جميعاً، ففي النِّصْف الذي في يَدِ المصدق ـ يرجح جانبه، وفي النِّصف الآخر، قولان.

ولو قال: رهنت هَذا العبد من زيد، وأقبضته بعد ما كنت رَهَنْتُهُ من عمرو وأقبضته، فلمن يكونُ؟

فيه وجهان:

أحدهما: يكون لزيدٍ لتقدُّمه في اللَّفْظِ.

والثاني: لعمومه؛ لأن آخر الكلامَ يَدلُّ على أن قبضه كَانَ سابقاً، وهذا أصحُّ.

والوجهان يبنيان على تبعيض الإقْرارِ، إن قلنا: يُبعض، فهو لزيدٍ، وإن قلنا: لا يُبَعَّضُ فلعمرو. والله أعلم.

بابُ الزِّيَادةِ في الرَّهْنِ

رُوِيَ عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ـ ﷺ ـ: «الظَّهْرُ يُرْكَبُ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً، وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ إِذَا كَانَ مَرْهُوناً، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ نَفَقَتُهُ»[1].

(١) تقدم تخريجه.

منافعُ الرَّهْنِ للرَّاهِنِ، فيسكن الدَّارَ المرهونةَ، ويركب الدَّابَّةَ، ويستخدم الْعَبْدَ، ويلبس الثَّوبَ

وإذا انتفع بالحيوان نَهَاراً ردَّه إلى المرتهن، أو إلى الْعَدْلِ الموضوعِ على يَدِهِ بالليل؛ لأنه لا يطيقُ العملَ دائماً.

وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: تُعَطَّلُ منافع الرَّهْنِ، ويرش لبنُه على ضَرْعِهِ حتى يَجِفَّ، والحديث حجة عليه؛ لأن النبي ـ ﷺ ـ جَعَلَ منفعَتَهُ لِمَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ، ونفقته بالاتفاق على الرَّاهِنِ، فدلَّ على أن منافعه له.

وإنما يجوزُ أن ينتفعَ به على وجه لا تنتقصُ به قيمتُه، ولا يتضررُ به المرتهنُ. فإن أراد أن يُسافِرَ على الدَّابَةِ، أو يكريه ممن يسافر به ـ ليس له ذلك، وإن كان ثوباً تنتقص باللُّبْسِ قيمتُه ـ لا يجوز أن يَلْبِسَهُ.

وللمرتهن ألا يدفع الرهن إليه للانتفاع إلا بِشَاهِدَيْن إذا خافَ إنكاره، وإن خاف خيانته دَفَعَهُ إلى الحاكمِ حتى يُؤاجِرَهُ عليه، ويدفع الأجرة إليه.

وإن كان أرضاً لا يجوزُ له أن يغْرِسَهَا، ولا أن يَبْنِيَ فيها؛ لأنها تنتقصُ قيمتُها بالْغِراسِ والْبِنَاءِ.

ولا يجوز أن يزرع زرعاً يُنقص قيمتها. فإن أراد زرع ما لا ينتقص قيمتها؛ نظر: إن كان الدَّينُ حَالاً، أو مُؤَجَّلاً يحلُّ قبل اسْتِحْصَادِ الزَّرع ـ لا يجوز، وإن كان يستحصد الزَّرع قبل حُلول الأجلِ ـ جاز.

ثم إذا تأخَّر استحصادُه لآفة، ليس للمرتهن قَلْعُهُ، بل يبقى إلى أوَانِ الْحَصادِ. وحيث قلنا: ليس له أن يزرع ففعل، أو غرس أو بنى، فلا يقلع قبل حُلُولِ الأجلِ، ويقلع بعده إذا كانت قيمةُ الأرض مشغولةً لا تفي بدينه، ويزداد قيمتها بالْقَطْعِ.

وكذلك لا يجوز أن يؤاجر الرَّهن إذا كان الدَّيْنُ حالاً، أو مُؤَجَّلاً، ولكن يحلّ الأجلُ قبل انقضاءِ مدة الإجَارَةِ.

فإن أجرَ مدة تقضى قبل حُلُولِ الأجل ـ جاز، وتجوز الإعارةُ؛ لأنه يجوزُ له أن يرجع فيها مَتَىٰ شاء.

ولا يجوزُ تزويجُ الجاريةِ المرهونة؛ لأنه تنتقص قيمتها، ولا يجوز له وطؤها إن كانت بِكْراً، أو كانت ثَيِّباً، ولكن يخشى منها العلوق[1]، شابَّةً كانت أو عجوزةً؛ لأن العجوزة قد

(١) العُلُوقُ: علق الشوك بالثوب إذا نَشِب به واستمسك، و (علِقَتِ) المرأةَ بالولد وكلُّ أنثى تَعْلَقُ من باب تعب: حبلت، والمصدر: العُلُوق. ينظر: المصباح المنير (ص ٤٢٥).

تَحْبَلُ، سواء عزل أو لم يَعْزِلْ؛ لأن الماءَ قد يسبق إلى رَحِمِهَا فَتَحْبَلُ.

وإن كانت صغيرةً لم تبلغ مبلغَ العلوق فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، لأن العلوقَ ليس له وَقْتٌ معلوم بل يَحْصُلُ بغتةً.

والثاني: قاله أبو إسحاق: يجوز؛ لأنه لا ضَرَرَ عليه.

فحيث قلنا: لا يجوز الْوَطءُ، فليس للسيِّد أخذُها للخدمة؛ خَوْفاً من أن يطأَها، إلا أن تكون ممن لا يحلُّ له وَطْؤُها.

ويكره رَهْنُ الجَوَارِي، إلا من امرأةٍ أو محرم لها، أو كانت صغيرة لا تُشْتَهى؛ فلا يُكْرَهُ، فإن كانت كبيرة رَهَنَها من رجلٍ تُوضع على يد امرأةٍ ثقةٍ، أو على يَدِ رجل عَدْلٍ له امرأة ثقة؛ حذراً من وَطْءِ المرتهن.

وإن كان الرهنُ حيواناً فَحْلاً، يجوز أن يُنْزِيهُ على الإناث؛ لأنه لا ضرر فيه، كالرُّكُوبِ، وإن كان أنثى أراد أن يُنْزِيَ عليها فحلاً؛ نظر: إن كانت تلد محلَّ الدَّيْن، أو يحل الدَّيْنُ قبل ظُهُورِ الحملِ ـ يجوز، ولو كان يحلُّ بعد ظُهورِ الحملِ قبل الولادة، إن قلنا: الحمل لا يعرف ـ يجوز؛ لأنها تُبَاعُ مع الْحَملِ.

وإن قلنا: يُعرف فلا يجوز؛ لأن الحمل لا يكون رَهْناً، ولا يمكن بيعُها دون الحمل.

ويجوز أن يفعل به ما فيه مَصْلَحَةُ الملك من حجَامَةِ العبدِ، وفَصْده، وسَقِي الدَّوَاء، وودج الدابَّة، وتبزيغها. ولا يُجْبَرُ الرَّاهِنُ عليه، بخلاف النفقة يُجبر عليها؛ لأنها لا تعيشُ بدونه، وتعيش من غير حِجَامَةٍ وَفَصْدٍ، وشُرْبِ دواءٍ، ولا يتحققّ الشِّفَاءُ منها.

وله ختانُ العَبْدِ المرهون، إذا كان في سِنٍّ يحتمل، ويَنْدَمِلُ الجرحُ قبل حُلولِ الأجل، فإن لم يندمل لم يَجُزْ.

وإن كانت بيده أكلة يَخَافُ من تَرْكها، ولا يخافُ من قَطْعِهَا ـ جَاز له قطعُها، وإن كانت يخافُ من تركها ومن قطعها ـ لم يجز قَطْعُها، وإن كانت ماشيةً، إذا كان يَخْرُج بها في طلب فَلاَةٍ ـ نظر: إن كان الموضعُ الذي فيه مخصباً ـ لا يجوز؛ لأنه مُخاطرةٌ بها من غَيْرِ حاجة، وإن كان الموضعُ الذي فيها مجدباً ـ جَازَ.

وإن اختلفا في مَوضع النُّجْعَةِ[1] واختار الراهنُ جهة، والمرتهنُ جِهَةَ أُخرىٰ ـ فاختيار الرَّاهِنِ أوْلىٰ؛ لأنه يملكُ العينَ والمنفعةَ جميعاً.

وإن كانت أرضاً، وفيها نَخلاتٌ، فأراد الراهنُ تحويلَ بَعْضِهَا إلى مكانٍ آخر، يسأل

---

(١) النُّجْعَةَ: طلب الكلأ ومساقط الغيث. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٩١٠).

أهل البصر، فإن قيل: لا يثبت ما يُحوّل، لَيْسَ له ذلك.

وإن قيل: يثبت، وكان يزداد به ثمنُ الأرْضِ، أو ثمن النَّخْلِ ـ له ذلك.

وكذلك لو قيل: الأكثر لثمن الأرض قَطْعُ بعضهن ـ له ذلك، وما قطع فرهن، ومؤنةُ الرَّهْنِ تكونُ على الرَّاهِنِ؛ مثل نفقة العبد وَكُسْوَتِهِ، وكفنه إذا مات، وعلف الدَّابة، وسقي الْكَرْمِ، ونحوها.

وإن احتاج إلى بيتٍ يحفظ[1] الرهن فيه، ولم يتبرع به المرتهن أو الْعَدْلُ الَّذي عنده ـ فعلى الرَّاهِنِ مكان الحفظ وَكِراءِ البيتِ، فإن لم يكنِ للرَّاهِنِ شَيْءٌ، أو كان غائِباً يبيعُ الحاكمُ جزءًا منه، فيكتري به بَيْتاً.

فلو أعطاه المرتهنُ بإذن الرَّاهِنِ علىٰ أن يرجع عليه، ويكون الرهنُ محبوساً ـ فهو كما لو فدى جنايةَ الرَّهْنِ على أن يكون الرهنُ محبوساً به، وفيه طَرِيقانِ.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: مؤنةُ الحفظِ، وسَقْيِ الكرمِ على المرتهنِ. فوافقنا في نفقة العبد، وعَلَفِ الدَّابَةِ.

فَصْلٌ في الزَّوائِدِ

إذا حَصَلَتْ في الرَّهن زوائدُ متصلة، مثل سِمَنِ الدَّابة، وكِبَرِ الودي[2] والثِّمار ـ فهي مرهونةٌ؛ لأنها تتبعُ الأَصْلَ.

وإن كانت منفصلة، مثل إن رهن جارية أو دابة حائلاً فولدت، أو حصل منها لبنٌ أو صوفٌ، أو كانت شجرة حائلاً فأثْمَرت، أو طائراً فباضت، أو جارية فوطئت بِشُبْهَةٍ وأخذ المهرَ ـ فالولدُ واللَّبنُ والثمرة والصُّوف والْبَيضُ والمهر كُلُّها للراهن خارجة عن الرَّهْنِ.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: زوائدُ الرَّهْنِ مرهونةٌ؛ كما لو باعَ شَيْئاً تكونُ زوائده[3] للمشتري.

قلنا: لأن البيعَ يزولُ، فكانت الزوائدُ تبعاً للملك، وبالرهن لا يزولُ الملك، بل يَثْبُتُ للمرتهن حَقُّ حبس، فهو كما لو أجر حيواناً، لا يثبت حُكْمُ الإجارة في الْولَدِ، وكذلك ولد الجانية لا يتعلَّق ضمانُ الجناية برقبته، وولد الضمين لا يكون مؤاخذاً بالضمان؛ كذا هذا [مثله][4].

---

(١) في ظ: لحفظ.

(٢) الوَدْيُ: صغار الفسيل. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ١٠٣٤).

(٣) في ظ: الزوائد.

(٤) سقط في ظ.

ولو رُهن حاملٌ، واحْتيجَ إلى بَيْعِها، وهي حاملٌ بذلك الْحَمْلِ ـ تباعُ كذلك في الدَّيْنِ، وإن كانت حامِلاً يوم الرَّهْنِ فولدت ـ هل يكونُ الولدُ رَهْناً؟

فيه قولان:

إن قلنا: الحملُ يعرف، يكون رهناً، يباع الولد مع الأم كما لو رَهَنَ شَيْئَيْنِ، فإن قلنا: لا يعرف، فالولد خَارجٌ عن الرَّهْنِ، كالحادث.

وإن كانت حائلاً يوم الرَّهن، فحبلت، هل تباعُ حاملاً أم لا؟ إن قلنا: الحملُ يعرف، لا تباع حتى تَضَعَ، وإن قلنا: لا يعرفُ فتباع، وهو كزيادة متصلة. ولو رَهَنَ نخلةً حائلاً فأطلعت، هل تُباع مع الطلع في الدَّيْنِ؟ قيل: فيه قولان:

كالحمل، وقيل: الطلعُ خارجٌ عن الرَّهْنِ، لأنه زيادةٌ تقبلُ الإفرادَ بالبيعِ، بخلاف الْحَمْلِ، فعلى هذا يجوزُ بيعُ النَّخْلِ في الدَّيْنِ، ويستثنى الطلع، بخلاف الجاريةِ الحاملِ لا تباع، إذا لم يجعل الحمل رهناً حتى تَضَع؛ لأن استثناء الحمل، لا يَجُوزُ.

ولو رهن نخلةً مطلعةً، وقلنا: الطلع يدخلُ في الرَّهْنِ، ورهنها مع الطَّلْعِ، فإذا حَلَّ الحقُّ والثمرُ طلع ـ يباع مع الطلع.

وإن أُبِّر الطَّلْعُ ـ قطع أو لم يقطع ـ هل يباع الطَّلْعُ في الدَّيْنِ؟

قيل: فيه قولان، كالحمل يخرج، وقيل: يباع قولاً واحداً؛ لأنه كان مشاهداً يوم الرَّهْنِ، يجوز أن يفرد بالعقد؛ كما لو رَهَنَ عَيْنَيْنِ.

ولو جَنَىٰ على الرَّهْنِ، فأرشُ الجنايةِ مرهونٌ مع الأصْلِ؛ لأنه بدلُ نقصٍ قائمٍ بالرَّهْنِ، ليس في بَابِ الزَّوائِدِ.

ولو وُطِئت وهي بِكْرٌ، فنقدر أرشَ الافتضاض من المهر يكون رَهْناً، والباقي لِلرَّاهِنِ.

بابُ رَهْنِ رَجُلَيْنِ

إذا رَهَنَ رَجُلَانِ شَيْئاً من رَجُلٍ يَجُوزُ. ثم إذا أدى أحَدُ الراهنين ما عليه، أو أبْرَأَهُ المرتهنُ ـ افتكَّ نصيبهُ دون نَصِيبِ صَاحِبِهِ.

وكذلك لو رَهَنَ [رجلٌ][1] من رَجُلَيْنِ شَيْئاً، وسلم إليهما، ثم أَدَّى حَـقَّ أحدهما، أو أَبْرَأَهُ أحدُهما ـ يفتكُّ نصيبه[2].

---

(١) سقط في ظ.

(٢) في ظ: نصفه.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إذا رَهَنَ رجلٌ من رَجُلَيْنِ، ثم أدى حَقَّ أحدهما ـ يبقى الكلُّ مرهوناً عند الآخر.

قلنا: هو لم يرهن من كُلِّ واحد إلا نصفه، فلا يصير كلُّه مرهوناً عند واحِدٍ؛ كما لو باع من رجلين، لا يستبدُّ بكله أحدهما.

ولو رَهَنَ رَجُلَانِ شَيئاً مُشَاعاً من رجل، وأدّى أحدُهما ما عليه وافتكَّ نصيبه ـ يجوز له مقاسمةَ شريكه إن كان الشَّيءُ منقسماً، وهل يحتاجُ في القسمةِ إلى إذْنِ المرتهنِ أم لا؟

هذا يَنْبَنِي على أن القسمةَ بيع، أم إفراد حَقٍّ؟

ففيه قولان: إن قلنا: بيع، يشترط إذنه، لأن بيع المرهونِ لا يجُوزُ إلا بإذنه. وإن قلنا: إفراد حَقٍّ لا يشترطُ.

وكذلك قبل أداء أحدهما حَقَّهُ، أراد الرَّاهنان الْقِسمةَ، أو رَهَنَ واحدٌ من اثنين، فأدّى نصيبَ أحدهما، وأراد مُقاسمَةَ الآخرِ، هل يشترط رِضاهُ؟

فعلى قولين، وقد ذكرنا بقيةَ مسائلِ هَذَا الباب في «**باب الرهن يجمع بين شيئين**». والله أعلم.

بابُ ما يُفْسِدُ الرّهْنَ

إذا شرط في الرهن ما هو قضيةُ الرَّهْنِ؛ بأن قال: رهنتك على أن تَحْبِسَهُ إلى أداء الحقِّ، أو تتقدم بثمنه على سائرِ الغرماءِ، أو لا يبيعه إلا بإذنه، ونحو ذلك ـ يصحُّ العقدُ، سواء كان الرهنُ مشروطاً في البيع، أو لم يكن.

وإن شرط خلافَ قضية العَقْدِ؛ نظر: إن لم يكن فيه نفعٌ للمرتهن؛ بأن قال: رهنتُك على ألا تبيعه عند [محلِّ الدَّيْنِ][1]، أو لا تبيعه إلا بما يَرْضاه الرَّاهِنُ، أو لا تبيعه بعد المحل إلا بعد شَهْرٍ، أو لا يكون لك فيه حَقُّ الحبس، أو لا تتقدم بثمنه على [سائر][2] الْغُرماءِ، أو إن بعته تبيعه بأكثر من [ثمن الْمَثْل][3] ـ فالرهن فاسد، وهل يفسدُ به البيعُ المشروطُ فيه؟ فعلى قولين؛ فإن قلنا: يصحُّ البيع، فللبائع الخيارُ في فَسْخِ البيع؛ لأنه لم يسلم له الرَّهن.

وإن شرط شرطاً فيه نَفْعٌ للمرتهن، سواء شرطه الرَّاهِنُ، أو شرَطَهُ المرتهنُ بِنَفْسِهِ؛ مثل إن شرط أنه إن أدّى الحقَّ لا يفتكُّ الرهن، أو أن منفعةَ الرهنِ تكون للمرتهِنِ ـ فالشرطُ فاسدٌ، وهل يفسدُ الرَّهْنُ؟

---

(١) في ظ: المحل.

(٢) في ظ: ثمنه.

(٣) سقط في ظ.

نظر: إن كان رهن تبرع، بأن كان له على إنسانٍ دَيْنٌ، فرهن به منه شَيْئاً بهذا الشرط ـ ففي فَسَادِ الرَّهْنِ قَوْلاَنِ، سواء شرط المنافع لنفسه مِلْكاً، بأن قال: اسْكُنْ الدَّارَ المرهونةَ، أو اركب الدَّابَّة، أو يكون نَتَاجُهُ وزوائِده مِلْكِي، أو شرط رَهْناً؛ بأن قال: منافعه، أو نتاجه وزوائده تكون مَرْهونةً عندي.

أحد القولين، وهو الأصحُّ: يفسدُ الرهنُ كما يفسدُ البيعُ بالشَّرْطِ الْفَاسِدِ.

والثاني: لا يَفْسَدُ؛ لأن هذا الرهن تبرعٌ من الراهن، فشرط معه تبرعاً آخر. فإذا لم يلزم الثَّاني لا يبطل الأولُ.

وكما لو أقرضه عشرةَ دنانير صِحَاحاً على أن يرد إليه المكسر ـ صَحَّ القرض، وإن لم يلزم الشرط، فكذلك لو رَهَنَ منه داراً على أن يَرْهَن منه داراً أخرى؛ فالشَّرط فَاسِدٌ؛ وهل يصحُّ الرهنُ في هذه؟ فعلى قولين: وإن كان الرهنُ مشروطاً في البيع؛ نظر: إن شَرَط الزَّوائد لنفسه ملكاً؛ بأن قال: على أن: سُكْنَى الدار لي، أو ظهرَ الدَّابةِ لي، أو نَتَاجَهَا وثمرةَ الشجرة ـ فالبيع باطل؛ لأنه جعل الثمن المسمَّى، ومنفعة الرهن، وهي مجهولة ثمناً للمبيع، وجهالة بعض الثمن تمنع صِحَّةَ البيع.

وتكون الزوائدُ والمنافعُ مضمونةً عليه؛ لأنها مقبوضةٌ بحكم الْبَيْعِ الْفَاسِدِ. وإن شرط أن تكون الزوائدُ رَهْناً فالشرطُ فاسدٌ. وهل يفسدُ الرهنُ في الأصْلِ؟ فيه قولان:

وإذا حكمنا بِفَسادِ الرَّهْنِ فهل يفسدُ البيعِ بِفَسَادِهِ؟
فيه قولان.

وإن قلنا: يصحُّ البيع، فللبائع الخيار، سواء قلنا: يصحُّ الرهنُ في الأصلِ، أو لا يصح؛ لأنا إن قلنا: لا يصحُّ الرهنُ في الأصل ـ فلم يسلم له الرَّهن.

وإن قلنا: يصح، فلم يسلم له الشَّرط، وهو رهنُ الزَّوائِدِ. ولو قال: أقرضني ألفاً، على أن أرْهنَكَ دَارِي، ودابَّتي على أن لك منفعتها ـ نظر: إن شرط له المنافع مِلْكاً ـ فالقرضُ فاسدٌ؛ لأنه قَرْضٌ جرَّ مَنْفَعَةً؛ فيكون رِبًا.

وإن شرط رَهْناً فالقرضُ صحيحٌ؛ لأن شَرْطَ الرَّهْنِ في القرضِ يجوز والشرطُ فاسدٌ للجهالة، وفساده لا يوجب فَسَاد القرضِ؛ لأنه لا يجرُّ إلى نَفْسِهِ نَفْعاً لا يباحُ له مثله، وهل يفسدُ الرهنُ في الأصل؟ فعلى قولين: لأنه زيادةٌ للمرتهِنِ.

ولو كان لرجل عليه ألف، فقال مَنْ عليه: زدني ألفاً، على أن أرْهنَكَ بألفين داري، أو بألف الأولى دَارِي ـ لا يصحُّ إقراض الألف الثانية؛ لأنه يجرُّ به إلى نفسه نَفْعَ الارتهانِ بالألف الأولى، ولا يصح بالألف الأولى.

ولو قال مَنْ عليه الألف: بِعْني عبدك بألف حَتَّى أَرْهنَكَ داري بألف الأولى، أو قال: بألفين جميعاً ـ لا يصحُّ البيعُ ولا الرهن؛ لأنه جعل الألف منفعةَ الارتهانِ بالألف الأولى ثَمَناً، وإذا فسد الشرط سقط بعضُ الثَّمَنِ، فبقي الباقِي مَجْهُولاً.

ولو كان عليه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ، فقال لربِّ الدَّيْنِ: أرهنك داري به، على أن تَزِيدَنِي في الأجل، ففعل ـ فالرهنُ فَاسِدٌ. ولا يزدادُ الأجلُ.

ولو قال: رهنتك هذا الحقَّ بما فيه بكذا، فإن كان ما فيه مَعْلوماً عندهما ـ صَحَّ الرهنُ منهما جميعاً في الْحَقِّ، وفيما فيه. وإن كان ما فيه مجهولاً، لا يصحُّ الرهنُ فيما في الْحَقِّ. وهل يصحُّ في الحقِّ أم لا؟ فعلى قولَيْن: أصحُّهما وعليه نص: أنه يجوز.

ولو قال: رهنتك هذه الخَرِيطَةِ وما فيها. وما في الْخَرِيطةِ مَجْهُولٌ، نص عليه أنه لا يصحُّ الرهن في الخَرِيطَةِ، إلا أن يقولَ: رهنتك هذه الخريطة دون ما فيها ـ يَصِحُّ.

وفرق بأن الظَّاهِرَ من الحقِّ بأنه يكون ثميناً ذا قيمة، فيكون مقصوداً، فصحَّ الرهنُ فيه وإن بطل فيما فيه، والظاهر من الخريطة أنها لا تَكُونُ ثمينةً ذات قيمة، فيكون المقصودُ ما فيها، فإذا لم يَصِحَّ ما فيها ـ لم يصح فيها، حتى لو كانت الخريطةُ ثمينةً من دِيباجٍ؛ فيصح الرهن فيها في قول؛ كما يَصِحُّ في الْحَقِّ.

وإن أفرد الخريطة بالرهن صَحَّ الرهنُ فيها، وإن قلَّت قيمتُها؛ لأنها بالإفراد صارت مَقْصُودةً.

وإن لم يكن لها قيمة فلا تَصِحُّ رهناً بحال؛ كبيع ما لا قيمة له ـ لا يصحُّ.

بَابُ الرَّهْنِ غَيرِ مَضْمُونٍ

سبق الكلامُ فيه. والله أعلم.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ التَّفْلِيسِ[1]

رُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ـ رضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ـ ﷺ ـ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ فَأَدْرَكَ رَجُلٌ مَالَه بِعَيْنِهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ»[2].

---

(١) التفليس: الفَلْسُ معروف، والجمع في القِلَّة أَفْلُس وفلوس في الكثير، وقد فَلَّسَه الحاكم تفليساً: نادى عليه أنه أفلس. ينظر لسان العرب ٥/ ٣٤٦٠ أنيس الفقهاء ص (١٩٥)، تاج العروس ٤/ ٢١٠.
التفليس اصطلاحاً:
عرفه الشافعية بأنه النِّدَاءُ على المُفْلس، وإشهاره بصفة الإفلاس.
عرفه المالكية؛ فقسموه إلى قسمين: أعم وأخص:
التفليس الأعم بأنه: قيام غُرَماء المدين عليه.
التفليس الأخصّ بأنه: حكم الحاكم بِخَلْع المدين من ماله لغُرَمائه لعجزه عن قضاء دينه.
عرفه الحنابلة بأنه: مَنْعُ الحاكم من عليه دَيْن حالّ يعجز عنه ماله الموجود مدة الحجز من التصرف فيه.
ينظر فتح العزيز ١٠/١٩٦، شرح منح الجليل ٣/ ١١٢، مواهب الجليل ٥/ ٣٢، الإنصاف للمرداوي ٥/ ٢٧٢.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٦٧٨) كتاب البيوع: باب ما جاء في إفلاس الغريم، حديث (٨٨)؛ والبخاري (٥/ ٦٢) كتاب الاستقراض: باب إذا وجد ماله عند مفلس، حديث (٢٤٠٢)؛ ومسلم (٣/ ١١٩٣) كتاب المساقاة: باب من أدرك ما باعه عند المشتري، حديث (٢٢/ ١٥٥٩)؛ وأبو داود (٣/ ٧٨٩) كتاب البيوع والإجارات: باب الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه، حديث (٣٥١٩)؛ والترمذي (٣/ ٥٦٢ ـ ٥٦٣)، كتاب البيوع: باب ما جاء إذا أفلس للرجل غريمَ فيجد عنده متاعه، حديث (١٢٦٢)؛ والنسائي (٧/ ٣١١ ـ ٣١٢) كتاب البيوع: باب الرجل يبتاع البيع فيفلس؛ وابن ماجه (٢/ ٧٩٠) كتاب الأحكام: باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، حديث (٢٣٦٠)؛ وأحمد (٢/ ٢٥٨)؛ =

. . . .

والدارمي (٢/ ٢٦٢) كتاب البيوع: باب فيمن وجد متاعه عند المفلس؛ والدارقطني (٣/ ٢٩) كتاب البيوع، حديث (١٠٧)؛ وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٦٣٠)؛ والبيهقي (٦/ ٤٤) كتاب التفليس: باب المشتري يفلس بالثمن؛ وأبو نعيم في «الحلية» (٥/ ٣٦١)؛ والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٣٣٩ ـ بتحقيقنا)، من طريق يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أنه سمع عمر بن عبد العزيز يحدث أنه سمع أبا بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام يحدث أنه سمع أبا هريرة يقول: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: فذكره. قال الترمذي: حديث حسن صحيح. وقال أبو نعيم: صحيح ثابت متفق عليه.

وأخرجه مسلم (٣/ ١١٩٤) كتاب المساقاة: باب من أدرك ما باعه عند المشتري، حديث (٢٤/ ١٥٥٩)؛ والطيالسي (١/ ٢٧٥ ـ منحة) رقم (١٣٨٦)؛ وأحمد (٢/ ٤١٠)؛ والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٦٤)؛ والبيهقي (٦/ ٤٦)، كتاب التفليس: باب المشتري يفلس بالثمن، من طريق النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة به. وأخرجه مسلم (٣/ ١١٩٤) كتاب المساقاة: باب من أدرك ما باعه عند المشتري، حديث (٢٥/ ١٥٥٩)؛ والبيهقي (٦/ ٤٦) كتاب التفليس: باب المشتري يفلس بالثمن من طريق خيثم بن عراك عن أبيه عن أبي هريرة.

وأخرجه أبو داود (٣/ ٧٩٣) كتاب البيوع: باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، حديث (٣٥٢٣)؛ وابن ماجه (٢/ ٧٩٠) كتاب الأحكام: باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، حديث (٢٣٦٠)؛ والطيالسي (١/ ٢٧٤) رقم (١٣٨٥)؛ والشافعي (٢/ ١٦٣)، كتاب التفليس، حديث (٥٦٤)؛ وابن الجارود رقم (٦٣٤)؛ والحاكم (٢/ ٥٠ ـ ٥١)؛ والبيهقي (٦/ ٤٦)، كتاب التفليس، باب المشتري يموت مفلساً بالثمن، كلهم من طريق ابن أبي ذئب قال: ثنى أبو المعتمر بن عمرو عن ابن خلدة الزرقي قال: جئنا أبا هريرة رضي الله عنه في صاحب لنا أفلس فقال: هذا الذي قضى فيه رسول الله ـ ﷺ ـ: «أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه». وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه بهذه اللفظة ووافقه الذهبي.

وأخرجه أبو داود (٣/ ٧٩١)، كتاب البيوع: باب الرجل يفلس فيجد متاعه بعينه، حديث (٣٥٢٢)؛ وابن الجارود (٦٣٢)؛ والدارقطني (٢/ ٣٠)، كتاب البيوع، حديث (١١٠)؛ والبيهقي (٦/ ٤٦)، كتاب التفليس: باب المشتري يموت مفلساً بالثمن. كلهم من طريق اسماعيل بن عياش عن الزبيدي عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي ـ ﷺ ـ قال: «وأيما امرىء هلك وعنده مال امرىء بعينه اقتضى منه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء».

وأخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٩٠) كتاب الأحكام: باب من وجد متاعه بعينه، حديث (٢٣٥٩)؛ وابن الجارود (٦٣١)؛ والدارقطني (٣/ ٢٩ ـ ٣٠)، كتاب البيوع: حديث (١٠٩)؛والبيهقي (٦/ ٤٧)، كتاب التفليس: باب المشتري يموت مفلساً بالثمن، من طريق إسماعيل عن موسى بن عقبة عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة أن النبي ـ ﷺ ـ قال: «أيما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل وقد أفلس ولم يكن قبض من ثمنها شيئاً فهي له وإن كان قبض من ثمنها شيئاً فهو أسوة للغرماء».

وأخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٩١) كتاب الأحكام: باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، حديث =

وروي «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ، أَوْ أَفْلَسَ»(١).

العاقلُ البالغُ الرشيدُ: إذا كان ماله يفي بديونه ـ لا يجوز الحجر عليه، وإن لم يَفِ ماله بديونه ـ يجوزُ للحاكمِ أن يحجر عليه، ولكنْ بعد مساءلته الغرماء(٢) أو مساءلة

= (٢٣٦١)؛ والدارقطني (٣/ ٣٠)، كتاب البيوع، حديث (١١١)؛ والبيهقي (٦/ ٤٨)، كتاب التفليس: باب المشتري يموت مفلساً بالثمن، من طريق اليمان بن عدي ثنى الزبيدي محمد بن عبد الرحمن عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «أيما امرىء مات وعنده مال امرىء بعينه اقتضى منه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة للغرماء». وقد روى هذا الحديث مرسلاً أيضاً.

أخرجه مالك (٢/ ٦٧٨) كتاب البيوع: باب في إفلاس الغريم، حديث (٨٧)؛ وأبو داود (٣/ ٧٩١) كتاب البيوع: باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، حديث (٣٥٢٠) عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال: «أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجد متاعه بعينه فهو أحق به وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء».

وفي الباب عن سمرة بن جندب وعبد الله بن عمر ـ حديث سمرة.

أخرجه أحمد (٥/ ١٠) من طريق عمر بن إبراهيم ثنا قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ـ ﷺ ـ قال: «من وجد متاعه عند مفلس بعينه».

ـ حديث عبد الله بن عمر.

أخرجه البزار (٢/ ١٠٠ ـ ١٠١ ـ كشف) رقم (١٣٠١)؛ وابن حبان (١١٦٥ ـ موارد) من طريق الحسن بن محمد بن أعين ثنا فليح بن سليمان عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال: «إذا أفلس الرجل فوجد رجل ماله بعينه فهو أحق به» واللفظ للبزار.

ولفظ ابن حبان: إذا عدم الرجل فوجد البائع متاعه بعينه فهو أحق به.

قال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٤٧): رواه البزار ورجاله رجال الصحيح اهـ.

وصححه ابن حبان.

(١) ينظر الحديث السابق.

(٢) قال الماوردي في الحاوي ٦/ ٢٦٥: فإذا ثبت جواز الحجر بالفلس فلا يجوز للحاكم أن يبتدئه من غير سؤال الغرماء فإذا سألوه الحجر عليه بدين لهم لم يجز أن يوقع الحجر عليه إلا بعد ثبوت ديونهم وثبوتها بأحد وجهين إما بإقراره وإما بقيام البينة عليه عند إنكاره فإذا ثبت ديون الغرماء وجب على الحاكم أن ينظر قدر ماله فإنه لا يخلو من أن يعجز عن دينه أو يكون فيه وفاء بدينه فإن عجز ماله عن ديونه وجب على الحاكم أن يعجز عليه في ماله سواء سأله جميع الغرماء أو بعضهم؛ لأن في تركه متصرفاً في ماله إضاعة لديونهم وإبطالاً لحقوقهم، وأنه ربما عجل قضاء بعضهم وترك ديون الباقين تالفة فكان الحجر عليه أولى ليمتنع من التبذير ويصل جميع الغرماء إلى حقوقهم بالسواء، وإن كان ماله يفي بديونه أو يزيد عليها لم يخل حاله من أحد أمرين: إما أن تظهر منه إمارات الإفلاس أو لا يظهر فإن لم يظهر منه إمارات الإفلاس ـ بل كان ماله يفي بديونه ويكتسب قدر نفقته ولم يكن مبذراً لماله ـ لم يجز الحجر عليه بل يأخذه الحاكم بقضاء ديونه فإن أبى حبسه بها إن سأل أربابها وإن ظهرت عليه إمارات الفلس وذلك يكون في أحد وجهين: =

بعضهم، ويمنعهُنَّ التفرُّق حتَّى لا يزداد غرماؤُه، وإذا كان ماله يفي بديونِهِ، ولكنْ ظَهَر عليه أماراتُ الفَلَسِ: بأن كان خرجهُ أكثَرَ من دخله، هل يحجر عليه؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: لا؛ لأنَّه مليء.

والثاني: يُحْجَرُ عليه؛ لأنَّ ظاهر حاله أن يَعْجِزَ، فيدخلُ الضرر على غرمائه.

فإذا حُجِرَ عليه ـ فحجره يفيد أمرين:

أحدُهُما: تعلُّقُ حقوق الغرماء بماله، حتى لو ٱستحدث دَيْناً ـ لا يشارك الآخر الأولين في ماله.

والثَّاني: إنْ باع منه شيئاً، ولم يقبضْ ثمنه، ووجد البائع عين ماله [لَه] أن يفسَخَ البَيْعَ، ويأخذ عَيْنَ مالِهِ، إن شاء.

وإن كان قد قبض بعْضَ الثمن ـ: يجوز أن يفسخ في قَدْرِ ما بقي من الثمن.

وكذلك: لو لم يكن قبض شيئاً من الثمن ـ: فله أن يفسخ في بعض المبيع؛ لأنَّه يشقص الملك على نفسه؛ بخلاف الردِّ بالعيب: لا يجوز أن يبعض المبيع؛ لأنه يشقص الملك على البائع.

نظيرُه: لو رجع في نصف ما وهب من ابنه ـ جاز، وهل له أن يفسخ بغيْرِ إذن الحاكم؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك؛ لأنه مختلَفٌ فيه؛ كفسخ النكاحِ بالإعْسَارِ بالنفقة.

والثَّاني: له ذلك، لأنَّه ثبت بالسنة؛ كفسخ النكاح بخِيار العتق.

وإنْ حكم حاكمٌ بالبَيْعِ من الفَسْخِ، فقال الإصطخريُّ: ينقض حكمه؛ لأنه مخالف لنصِّ السُّنَّةِ.

وقيلَ: لا ينقضُ؛ لأنه مختلفٌ فيه.

= إما من عجز عن كسبه عن قدر حاجته وإما من تبذيره وإسرافه في نفقته فهل يستحق الحجر عليه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يحجر عليه الحاكم في ماله: لأن في تركه متصرفاً فيه إضاعة له وإبطالاً لحقوق غرمائه ويستدل قائل هذا الوجه لذلك من مذهب الشافعي بقوله في اختلاف المتبايعين: إذا قال كل واحد منهما لا أدفع حتى أقبض أنه يجبر البائع على تسليم السلعة ويجبر المشتري على دفع الثمن فإن كان ماله غائباً حجر عليه في السلعة وفي جميع ماله. فقد أوقع الشافعي الحجر على من كان ماله يفي بدينه ويزيد.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز أن يحجر عليه لقدرته على أداء دينه ولأن في إيقاع الحجر عليه تعجيل الحكم لعلة مظنونة غير متحققة وذلك غير جائز وما يخالف من تبذير ماله قد يمكن الاحتراز منه بأن يؤخذ بتعجيل القضاء.

ولو أنَّ البائعَ باعَهُ، أو أعتقه، أو كانت جارية وطئها ـ هل يكون فسخاً؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: لا يكون فسخاً.

ولو كان المشتري ومَالُهُ وفاءً بالدَّيْنِ ـ: لم يكنْ للبائعِ أخذُ عين ماله؛ كما في الحياة، فإن لم يكُنْ وفاء ـ: جاز.

وقال الإصطخريُّ: له أَخْذُ ماله، وإن كان ماله وفاءً بالدَّيْن؛ لقوله ـ عليه السلام ـ: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ».

وعند مالك ـ رحمة الله عليه ـ: إنْ أفلَسَ في حياته ـ: للبائع أخذُ مالِهِ، فإن مات مُفْلساً ـ فلا.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: لا يجوزُ الحجر بسبب الإفلاس، غير أنه لو حجر عليه وأمضاه حاكمٌ ـ: نَفَد، ثم ليس للبائع أخْذُ عين ماله؛ بل يضارب الغرماء بالثمن، والحديثُ حُجَّةٌ عليه.

ثم حَقُّ الفسخ، هل يكون على الفور؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن يكونَ على الفَوْر؛ كخيار الرَّدِّ بالعيب.

والثاني: يكونُ على التراضي؛ كخيار الرجوعِ في الهبة من الابن.

وإذا أراد الفسخ، فقال الغرماء: لا نفسخُ حتَّى نُقَدِّمَكَ على أنفسِنَا ـ: فله الفَسْخُ؛ لأنَّه ربَّما يظهر غريمٌ آخر؛ فلا يرضَىٰ بتقديمه.

ولو قالوا لواحدٍ منهم: لا تفسخ، حتَّى أعطيك الثَّمَنَ من مالي ـ: فله أن يفسخ، ولا يقبل ما يعطى؛ كالمشتري: إذا وجد بالمبيع عَيْباً؛ فبذل البائعُ الأَرْش ـ: له ألاَّ ينتقل، ويفسخ البيع؛ فلو قبل من الغريم مَالاً أعطاه، ثم ظهر غريمٌ آخَرُ ـ: لا يزاحمُهُ فيه، أما بعد موت المديون: إذا قال الوارث: لا تأخذ مالَكَ، حتَّى أقدِّمك عَلَى الغرماءِ: فله أَخْذُ ماله؛ لأنَّ الغرماء لا يَرْضَوْنَ به، فلو قال: لا تأخُذْ؛ حتَّى أُؤدِّيَ حقَّك من مالي ـ: فقد قيل: لا فَسْخَ له؛ لأنَّ الوارثَ خليفةُ الموروث ـ: فله تخليصُ المبيعِ لنفسه بأداء الثمن.

ثُمَّ: إذا ظهر غريمٌ آخر ـ: لا يزاحمه فيما أخذ؛ لأنَّه ليس من التركة.

وقيل: لا يسقطُ حقُّه من الفسخ؛ كما لو قال الغرماء؛ لأنه اَستحقَّ الفَسْخَ؛ فلا يسقط حَقُّهُ بتبرّعهم؛ كالمرأة إذا اَستحقَّتْ فَسْخَ النكاح بإعسارِ الزَّوْجِ، فتطوَّع إنسانٌ ببذلِ نفقتها ـ: لا يسقط حقُّها من الفسخ، وإنْ كان المشتري، ولكنه امتنع مِنْ دفع الثمن؛ فلا حجَّة للبائع، أو كان المشتري غائباً أو مات مليًّا.

ولكن لو امتنع الوارثُ من دفع الثمنَ ـ هل للبائع فسْخُ البيع؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: لا فَسْخَ له؛ لأنَّه لم يوجَدْ عَيْبُ الفَلَس.

والثَّاني: له ذلكَ؛ لتعذُّر الوصول إلى الثَّمَنِ؛ كما لو أفلس.

وإنْ كان البائعُ باعَهُ مِنْهُ مع العِلْمِ بفَلَسه ـ هَلْ له الرجوعُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ كما لو اشترى ـ سلعته عالماً بعيبها: لا رَدَّ له.

والثاني: له الفسخ.

ولو أفلَسَ المشترِي بالثَّمَنِ، وخرج المبيعُ عَنْ ملكه ببَيْعٍ، أو هبةٍ، أو إعتاقٍ، أو وقف، أو كتابةٍ، أو كانَتْ جاريةٌ اْستولدها المشتري ـ: فلا فسخ له؛ لأنَّ رَدَّ هذه العقود لا يمكنُ، وهو لا يقبل إلاَّ عينَ ماله.

وكذلك: لو كان المشترِي رَهَنَهُ وسلَّمه، أو استحقَّ بجناية ـ: فلا فسخ له، والمرتهنُ والمجنيُّ عليه أولَى به، فإن أمكن أن يقضي حقَّ المرتهن والمجنيِّ عليه ببيع بعضِهِ ـ: بيعَ بقدر حقِّهما، ورجع البائعُ في الباقي، وإنْ كان قَدْ دَبَّرَهُ، أو علَّقَ عتْقَهُ بصفةٍ ـ: للبائع أخذه، وإن كان قَدْ أخذه، وقلنا: بَيْع المؤاجر لا يجوز ـ: ضَارَبَ الغرماء.

فإنْ قُلْنا: يجوزُ ـ: فهو بالخيارِ، إن شاء أخذه مسلوبَ المنفعة، وإن شاء تركَ وضارَبَ الغرماء.

وإنْ كان المبيعُ صيداً، والبائع مُحْرِمٌ ـ: لم يكنْ له الرجوعُ فيه؛ لأنَّ المحرم ليْسَ من أَهْلِ تملُّكِ الصيد؛ كما لا يشتريه.

وإن كان المبيع خرج عن مِلْكِ المشتري، وعاد إليه ـ هل له أَخْذُهُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك؛ لأنَّه وجد عَيْن ماله خالياً عن حق غيره؛ كما لو لم يخرج عن ملكه؛ وكما لو كانَ رَهَنَهُ أو آجَرَهُ، وقد افتكَّ الرهْنُ، وقد اْنقضت مدَّة الإجارة.

والثاني: ليس له أخذه؛ لأنَّ المشتري لم يَتَلَقَّ هذا المِلْكَ منه.

وكذلك: لو كان قد باعه ورَدَّ إليه بالعَيْب، وإنْ كان قَدْ عاد إليه ببدلٍ ـ: نُظِر: إن كان قد أدَّى حقَّ البائع الثاني، فهل للأوَّل أَخْذُهُ؟ فعلىٰ وجهين.

وإن لم يوجَدْ حقُّ الثاني ـ: فأيهما أولَىٰ؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: الأوَّل أولىٰ؛ لأنَّ حقَّه أسبق.

والثاني: الثَّاني أولىٰ به؛ لأنَّ مِلْكَهُ أقربُ.

والثالث: هُمَا سواءٌ.

وإنْ كان المَبِيعُ قدْ زَاد في يدِ المشتَرِي ـ نُظِرَ: إن كانت الزيادة متَّصلةً؛ كالسِّمَنِ والْكِبَرِ ـ: فللبائعِ أَخذُهُ زائداً، ولا شيء عليه.

وإنْ حدثَتْ زوائدُ منفصلةٌ؛ مثْلُ: ثمرة الشجرة وكسبِ العبدِ والولدِ واللَّبَنِ ـ: فالبائعُ يأخُذُ الأصْلَ[1]، فتبقى الزوائد للمشتري، وإن كان قد تغيَّر المبيع بنقصانٍ ـ لا يخلو: إما إن كان نقصاً لا يتقسَّط عليه العوض، أو يتقسَّط: فإن كان لا يتقسَّط عليه العوض ـ نُظِرَ: إن كان النقْصُ حكميًّا؛ كالزنا، والسرقة، والإباق، ونسيانِ الحرفة، والتزويج: [فـ] إنْ كان عبداً، أو جاريةً ـ: فالبائع بالخيارِ، إن شاء فسخ البيع وأخذ المبيع ناقصاً ولا شَيْء له، وإن شاء تركه وضارب الغرماء بالثمن.

وكذلك: إذا كان النقصانُ حِسِّيًّا ممَّا لا يتقسَّط عليه الثَّمَن، حصَلَ بآفةٍ سماوية؛ كالعمى، والعور، والشلل، وسقوطِ عُضْوٍ من الأعضاء، وانهدام الدَّارِ من غير أن يذهب شيءٌ من عينها ـ: فهو بالخيار، إن شاء أخذه ناقصاً ولا شيء عليه، وإن شاء ضارب الغرماء بالثمن؛ كما لو تعيَّب المبيع في يد البائع بعَيْبٍ من هذه العيوب ـ: فالمشتري بالخيار بَيْنَ أنْ يأخذ بجميع الثَّمَن، أو يفسخ البَيْع ويرجع بالثمن.

وإنْ حصل هذا النقصانُ بجنايةِ جانٍ ـ لا يخلو: إما إن جنى عليه أجنبيٌّ أو المشتري؛ فإن جنى عليه أجنبيٌّ ـ: فللبائع أن يأخذ، ويضارب الغرماء بأرشِ النقصانِ مِنَ الثمن؛ لأنَّ المشتري أَخَذَ ضَمانَ ذلك النقصان، وذلك في مقابلة جُزْءٍ كان يستحقُّه البائع؛ فاستحقَّ ما يقابله، كما يقول فيمن اشترى عبداً، فقطع أجنبيٌّ يده من يد البائع ـ: فالمشتري بالخيارِ بَيْنَ أن يفسَخَ البيع، وبَيْنَ أن يأخذ المَبِيع، ويطالب الجاني بالأرش، غير أنَّ البائِعَ يُضارِبُ الغرماءَ بالنقصان مِنَ الثمن؛ مثْلُ: إن ينقص عُشْرَ قيمته: يضاربُ الغرماء بعُشْرِ الثمن؛ سواء كانت الجنايةُ لها أَرْشٌ مقدَّر، أو لم يكن، والمُفْلِسُ: يرجع على الجاني بالمقدَّر إن كان لها أرشٌ مقدَّرٌ، ومثْلُ: إن قطع إحدىٰ يديه ـ: رجع عليه بنصْفِ قيمته.

وإن قطع كلتا يديه ـ: فبطل قيمته وضارب الغرماء بأرش النقصان من الثمن؛ لأنَّ المبيع في يَدِ المشتري مضمونٌ بالثمن، وإنْ جنىٰ عليه المشتَرِي ـ: فهو كما لو حصل النقصانُ بآفة سماويةٍ؛ فالبائع إن شاء أخذ المبيعَ ولا شيء عليه، وإن شاء ترك وضارَبَ الغرماء بالثمن.

أما إذا كان النقصان فيما يتقسَّط عليه العوضُ؛ مثل: إن يشتري عبدَيْن أوْ صاعَيْ حنطة، فتلف أحدهما في يد المشتري، ثم أفلَسَ ـ: أخذ البائع القائمُ بحصَّته من الثمن، فضارب الغرمَاءَ بالباقي، وكذلكَ المبيعُ إذا كان داراً فانْهدمَتْ، وفات شيءٌ من آلتها؛ حتَّى

لو باع نخلةً وعليها تمر مؤبَّر مع التمر، فتلف التمر بجائحة أو أكلها المشتري، ثم أفلس ـ: فالبائعُ يأْخُذُ الشجر بحصَّتها من الثمن، ويضارب الغرماءَ بحصَّة الثمر.

وكيفيَّة اعتباره: أن يقال: كم قيمةُ النخل، وعليها التمر؟ فيقال: مائة، فيقال: كم قيمتُهَا مِنْ غير التمر؟ فيقال: تسعُونَ، فيأخذُ النخلةَ بتسعة أعشارِ الثمن، ويضارب الغرماء بالعشر، ويعتبرُ قيمة التمر أو العين الهالكة بأقلِّ ما كانت من يومِ العقدِ إلى يوم القبض؛ لأن قيمتها: إنْ كانت يوم العقد أقلَّ، فزادت ـ: فتلك الزيادةُ حصَلَتْ في يد المشتري، ليس له استردادُهَا، وإن كانت أكثَرَ، فأنتقصَتْ ـ: فذلك النقصان مضمونٌ على البائع.

وقول الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: يكُونُ أُسْوَةً لِلْغُرَماءِ في حِصَّةِ التَّمْرِ يَوْمَ قَبْضِهِ. أراد به: إذا كانَتْ قيمتُهَا يَوْمَ القبض أقَلَّ، أما قيمة النخلةِ أو العَيْنِ القائمةِ التي يأْخُذُهَا ـ: يعتبر بيومِ العقدِ؛ لأنَّ قيمتها إنْ كانَتْ يوم العقد أقَلَّ، فزادتْ ـ: فتلك الزيادةُ مُتَّصلةٌ يكون للبائعِ أخذُهَا، وإنْ كانت أكثَرَ، فأنتقصَتْ ـ: فذلك النقصانُ من ضمان البائعِ.

بيانُهُ: كانتْ قيمةُ النخلة يَوْمَ البيع مائةً، وقيمةُ الثمن خَمْسِين، فباعهما بمائةٍ، وتلف التَّمْرُ ـ: يأخذ النخلة بثلثيِ الثمنِ، ويضارب الغرماءُ بالثلُثِ، فإنْ تغيَّرَتْ قيمةُ أحدهما ـ لا يخلو: إمَّا إنْ تَغَيَّرَتْ قيمةُ النخلة أو قيمةُ التمر: فإنْ تغيَّرتْ قيمةُ التمرة ـ نُظِرَ: إن تغيَّرت بالنقصانِ؛ مثل: إنْ كانَتْ قيمتها يَوْمَ العقد خمسين، فعادَتْ إلى خمس وعشرين، ثم قبض، وتَلِفَ في يد المشتري ـ: فالبائعُ يأخذ النخلةَ بأربعة أخماس الثمنِ، ويضارب الغرماء بالخمس.

وإنْ تغيَّرتْ بالزيادة بأن بلغَتْ قيمتُها مائَةً ـ: أخذ النخلةَ بثلثَي الثَّمَنِ، وضارب الغرماء بالثلث؛ كما لو لم يَزِدْ، وإنَّما لم تعتبرْ زيادة قيمتها، لأنه يؤدي إلى أنَّ قيمتها لو بلغتْ مائتين ـ: أخذ البائعُ النخلةَ مجَّاناً، وضارب الغرماء بأكثر مما باع به.

وإن تغيَّرتْ قيمةُ النخلة، سواءٌ تغيَّرتْ بالزيادة أو بالنقصان ـ: أخذها بثلثَي الثمنِ، وضارَبَ الغرماءَ بالثلث.

ولو باع عَبْدَين بمائةٍ قيمتُهما سواءٌ، فأخذ خمسِين، وتلف أَحَدُ العبديْن في يد المشتري، ثم أفلس، واختار البائع الفسخ في العبد الآخر ـ: ماذا يأخذ البائع؟ فيه قولان:

أحدهما: يأخذ العبد الباقي بما بقي من الثمنِ، ويكون المقبوضُ من الثمن بإزاء التالف؛ كما لو رَهَن عبدَيْن بمائةٍ، وأخذ خمسين وتلف أحد العبدين ـ: كان الثاني مرهوناً بما بقي.

والقولُ الثاني ـ وهو اختيار المزنيِّ ـ رحمه الله ـ: يأخذ نصف العبد القائم بنصْفِ ما

بقِي من الثمنِ، ويضارب الغرماء بالباقي؛ لأنَّ الثمن يتوزَّع على المبيع فما أخذ من الثمن كان بمقابلة العبدَيْن جميعاً ـ: فقد أخذ نصف ثمن العبد القائم؛ فليس له أن يرجع إلاَّ في نصفه؛ بخلاف الرهن: فإنه لا توزيع فيه، بل يكون كلُّه مرهوناً بكلِّ جزء من أجزاء الدَّيْنِ.

فَصْـــلٌ

إذا باع جاريةً أو دابَّةً حاملاً، فقبل الوضع أفلس المشتري، أخذ البائع حاملاً، وإن كانت حائلاً يوم البيع، فحبلَتْ، وولَدَتْ، ثم أفلس ـ: أخذ البائعُ الأمَّ، وبقي الوَلَدُ للمشترِي، إلاَّ أنها إذا كانَتْ جاريةً، لا يفرَّق بين الأمِّ والولدِ، فإما أن يعطى الباقي قيمة الولد، فيأخذ مع الأمِّ، وإمَّا أن تباع الأمُّ مع الولد، فيأخذ البائعُ ثَمَنَ الأمِّ، والمُفْلِسُ ثمن الولد، وإنْ باعها حاملاً، فوضعت، ثم أفلس ـ: هل للبائع أخذ الولد؟ إن قلنا: الحمل يُعْرَفُ ـ: أخذها البائع مع الولد؛ كما لو باع شيئَيْنِ، وإنْ قلنا: لا يُعْرَفُ ـ: يَبْقى الولد للمشتري.

ولو باعها حائِلاً[1]، فحَبلَتْ، فأفلس المشترِي قبل الوضع ـ: فهل للبائع أخذها مع الحمل؟ منصوصُ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: أنه يأخذها مع الحَمْلِ، وهذا بناء على أنَّ الحمل هَلْ يعرف أم لا؟

إنْ قلنا: الحملُ لا يُعْرَف ـ: أخذها حاملاً؛ كما لو زاد المبيع زيادةً متصلةً.

وإنْ قلنا: يُعْرَفُ ـ: ليس له أخذها مع الحمل، ولكنْ: ترجع في الأمِّ، والحمل يكون للمفلس؛ كأنه أوصى بحملها لرجلٍ.

وقيل: لا رُجوعَ له على قولنا: الحمْلُ يُعْرفُ، بَلْ يضاربُ الغرماء.

ولو باع نَخْلةً وعليها ثمر مؤبَّر، فأفلس المشتري، والتَّمْرُ قد أدركتْ، أو جدّت ـ: أخذها البائعُ مع التَّمر؛ لأنها زيادةٌ متصلةٌ، وكذلك: لو باع أرضاً مزروعةً مع الزَّرْع، فأفلَسَ، وقد استحصد الزرْعُ ـ: أخذها مع الزرع.

وقيل: إذا كان الزرْعُ قصيلاً[2] يوم البيع، فصار حَبًّا ـ: لا يأخذه، والأوَّل المذهب؛ أنه يأخذه كالتَّمْرِ يدركُ؛ لأنَّه لم يكن تبعاً للأرض، فكان لا يدخل في مطلق بيع الأرضِ، فبيعه مع الأرض كبيعِ شَيْئَينِ.

ولو باع نخلةً حائلاً فأثمَرتْ وأبَّرتْ، وأفلَسَ المشتري ليس للبائع أَخْذُ الثمنِ بلْ يأخذ

---

(١) الحائل: كل أنثى لا تضع. ينظر المعجم الوسيط (١/ ٢٠٩).

(٢) ما اقتطع من الزرع أخضر لعلف الدواب. ينظر المعجم الوسيط (٢/ ٧٤٠).

النخلةَ، ويترك التَّمْر إلى أوان الجَدَادِ[1] سواء كان التأبيرُ قبل الإفلاس أو بعدما أفْلَس ـ: لم يختر البائع الفسْخَ حتى أبَّرها؛ لأنَّ المبيع يعودُ إلى البائع باختيار الفسخِ، لا بالإفلاس.

وكذلك: لو باع أرضاً، فزَرَعَ فيها المشترِي، ثم أفلس ـ: فللبائع أَخْذ الأرض، ويترك الزرع إلى أوانِ الحصادِ، وليسَ له طَلَبُ الأجر، بخلاف ما لو أكْرَى أرضاً، فزرع فيها المكتري، ثم أفلس بالكِرَاءِ ـ: يجوز للآخر أن يفسخ الإجارة؛ فيأخذ الأرض، ويتركُ الزَّرْع إلى الحصادِ بالأجرْ؛ لأنَّ المكترِي شَرَعَ فيه؛ ليضمن المنافِعَ؛ والمشتري؛ لم يشرع فيه؛ ليضمَن المنافع، فلو أراد الغرماءُ أو بعضُهُمْ قَطْعَ التمر أو الزرْع قَبْلَ أوان الجِدَادِ، أو الحصادِ ـ: لهم ذلك، لأنه لا يجِبُ عليهم تأخيرُ حقِّهم؛ لتنمية مال المفلِسِ، إلاَّ ألا يكونَ لها قيمةٌ؛ فلم يكن لهم قَطْعُهَا؛ وكذلك: لو أراد المفلس قطعها ـ: لم يكن للغرماء منفعةٌ؛ لأنَّه لا يلزمه تنقيةُ ماله لأجْل الغرماءِ، إلاَّ أن يكون لها قيمةٌ، ولا يعتبر رضا البائعِ إلاَّ أن يكون له علَيْهِ دَيْنٌ آخَرُ؛ فهو كسائر الغرماءِ.

ولو باع نخلةً مُطْلِعةً ـ: دخَلَ الطَّلْع في البَيْع، فإذا أفلس المشتري والتمر طلع للبائع ـ: أخذ النخلة مع الطلع، وإن أفلس، والطَّلْعُ قد أبّر: هل له أَخْذُ التمر؟ قيل: فيه قولان؛ كالحامل إذا وضعَتْ ـ هل له أَخْذُ الولد؟ فيه قولان.

وقيل: له أخْذُ التمر قولاً واحداً؛ لأن الطلع كانَ مشاهَداً يومَ البيع، فأمكن إفراده بالبيع؛ فصار كما لو باع شيئين، والحَمْلُ لم يكن مشاهداً ـ: يمكن إفراده بالبيع؛ فكان كزيادة منفصلة حصَلَتْ:

فإن قلنا: له أنْ يأخذ التَّمْر: فإن كان الطلع قد أكله المشتَرِي ـ: ضارب الغرماءَ بحصَّته مِنَ الثَّمَن؛ كما ذكرنا في التمر المؤبَّر.

وإن قُلْنا: ليس له أخْذُهُ؛ فيأخذ النخلة، ولا يضارب الغرماء بشيء، كما لو أتلف أجزاءَ المبيع.

ولو باع نخلةً حائلاً، فأطلعَتْ في يد المشترِي، ثم أفلَسَ بالثمن قَبْلَ التأبير ـ هل للبائِع أخْذُها مع الطَّلْعِ؟ فيه قولان:

قال في رواية المُزنيِّ: يأخذها مع الطَّلْع؛ كما لو باع نخلةً مطلعةً: يدخل الطلع في البيع؛ فكما تبعها في البيع ـ تبعها في الفسخ؛ كزيادة متصلة.

وقال في رواية الرَّبيع: يأخذ النخلةَ دون الطَّلع، ويبقى الطَّلع إلى الإدراك والجِداد،

---

(١) الجَدَادُ: بفتح الجيم وكسرها: قطع الثمر. ينظر: النظم المستعذب (١/ ٢٤٩).

كالثمرة المؤبَّرة؛ لأنه أخذ بطريق القهر؛ بخلاف البيع: فإنه تمليك بالتراضي.

فإنْ قلنا: يأخذ مع الطلع، فأبّرت الثمر، ثم اختلفا، فقال البائع: اخترت الفسخَ قبل التأبير، وقال المشتري: بعد التأبير -: فالقول قول المفلس مع يمينه؛ لأنَّ الأصل عدم الفسخ؛ يحلف باللَّهِ، لا أعلم أنَّك فسخت قبل التأبير، وإنما قُلْنا: يحلفُ على العلْم؛ لأنَّه يمينٌ على نَفْي فعلِ الغيرِ، ولو لم يحلفِ المفْلِسُ - هل يحلف الغرماء؟ فيه قولان:

والمذهَبُ: أنهم لا يحلفون، فلو شهد عدلان مِن الغرماءِ للبائع أو شَهِدَ واحدٌ، وحلف البائعُ معه أنَّه اختار قَبْلَ التأبير -: أخذ النخلة مع الثمرة؛ كما لو صدَّقه الغرماء والمُفْلِسُ.

ولو شهد منهم عَدَدٌ أكبرُ للمفْلِس -: لا يُقْبَلُ؛ لأنَّهم يجرُّون إلى أنفسهم نَفْعَ الثمر، فإنها إذا كانت للمفلس -: تباع في حقوقهم.

ولو صدَّقه المُفلِسُ، وكذَّبَه الغرماء -: ففيه قولان؛ كالمفلس يقرُّ ويبيِّن فيلزمه قبل الحجرَ وهل يقبل في مزاحمة الغرماء؟ فيه قولان:

فإن قلنا: لا يقبلُ -: يجوز للبائع تحليفُ الغرماءِ؛ أنَّهم لا يعلمون فسْخَهُ قبل التَّأبيرِ؛ بخلافِ المسألة الأولىٰ، إذا كذَّبوه جميعاً، وجَعَلْنا القَوْل قولَ المشتري، فنكل -: قلنا: لا يحلف الغرماء على أصحِّ القولين؛ لأن - هناك -: توجَّهتِ اليمينُ ابتداءً على المشترِي؛ فإذا لم يحلفْ: لا يحلف الغرماء؛ لأنهم ينوبُون مَنَابَ المشترِي، واليمين لا تدخلها النيابة، وههنا: توجهت اليمينُ ابتداءً على الغرماء؛ فجاز لهم أن يحلفوا.

وقيل: في هذه المسألة - أيضاً - قولان؛ كالأولى، والأولُ أصحُّ.

ولو صدَّقه الغرماءُ، وكذَّبه المفلِسُ -: فللمفلس أن يرفَعَ الأمر إلى القاضِي، حتَّى يُجْبِرَ الغرماء على أخذ الثَمر أو بَرَاءِ ذمَّته عنْ قدره من الدَّيْن، فإذا أخذوا - حينئذٍ: يأخذها البائعُ منهم؛ لأنهم أقرُّوا له بها، فلو أن المُفْلسَ باع الثمرة، وصرف إليهم ثمنها -: لا يجبُ عليهم دفعُهُ إلى البائع، ويتملكونه؛ لأنَّهم لم يقرُّوا للبائع بالثمن، وإن صدَّقَهُ بعضُ الغرماء، أو شَهِدَ واحدٌ أو اثنانِ منهم، فردَّت شهادتهم؛ لفسقهم -: يُعْطَى الثمرة إلى المكذِّبين؛ رفقاً بالمصدِّقين؛ لأنَّها لو دفعت إلى المصدِّقين -: أخذها البائعُ منهم، وإليه أشار الشافعيُّ - رضي الله عنه - فمِنْ أصحابنا من قال: لا يجوزُ أن يفرِّقه إلاَّ على المكذِّبين، بخلاف ما لو صدَّقه الكلُّ؛ لأن هناك -: إذا عدل عنهم -: لا يجد جهة أخرى -: يصرفُ إليها.

وقال أبو إسحاق: لهُ أنْ يفرِّق على الجميع؛ كما لو صدَّقوه جميعاً وحمل النصَّ على ما إذا اختار المُفْلس أن يفرّق على المكذِّبين، وإذا دفعناها إلى المكذِّبين، ولم يف

بحقوقهم ـ: فهم يضاربون المصدِّقين بجميع دَيْنهم أم بِقَدْرِ ما بَقِي؟ فيه وجهان:

أحدهما: بقَدر ما بقي؛ لأنهم يعتقدُونَ أنهم أخذوا بَعْضَ الدَّيْن مِنْ مالِ المُفْلِس.

والثَّاني: بجميع الدَّيْن؛ لأن المصدِّقين يعتقدونَ أن ذمَّة المفلس لم تبرأ عن شيءٍ من دَيْنهم.

ولو باع أرضاً فغرس أو بنَى فيها المشتري، ثم أفلَسَ بالثمن ـ: يجوز للبائع أن يرجع في الأرْضِ، ولم يكن له إجبارُ المفلس على قَلْع الغراسِ، ثم ينظر: إن اتفق المفلسُ والغرماءُ على قَلْع الغِرَاسِ أو البناءِ ـ: لهم ذلك، وعلى المفلس تسويةُ الأرْض، وأرشُ ما نقَصَ، أو حَدَث في الأرْضِ بسبب القَلْع؛ لأنَّه نقص حصل لتحصيلِ مالِهِ، وتُقَدَّم على ذلك سائر الديون؛ لأنَّه لإصلاح ماله؛ كنفقة العبيد، وأجْرة الحَمَّال، وإن لم ينفقوا ـ: فالبائع يأخذ الأرض، وهو بالخيار في الغراس والبناءِ، إن شاء تملَّكها بالقيمة، وإن شاء قلعها وضمَّ أرش النقصان؛ بخلاف ما لو زَرَعَها المشتري ـ: ليس للبائع تملُّك الزرع ولا قلعُهُ؛ لأن لحصاده وقتاً مَعْلوماً، والبناءُ والغراسُ للتأبير، فلو أراد البائعُ أن يأخذ الأرضَ ويترك الغراسَ والبناءَ للغرماء ـ هل له ذلك؟ فيه قولان.

أحدهما ـ وهو اختيار المزنيِّ ـ: له ذلك؛ كما لو اشترى ثوباً، وصبغه بِصِبْغ من عنده، ثم أفلس ـ: يجوز للبائع أن يرجع في الثوب والغرماء شركاء معه في الصبغ.

والقول الثاني: ليس للبائع أن يأخذ الأرْض، ويترك الغراس والبناء؛ لأنَّ فيه ضَرَراً على المفلِس والغُرماء؛ لأنَّه يبقى لهم غراس، بلا أرض ولا شرب، وبناء بلا مَمَرٍّ، ولأنَّ مَنْ يشتري البناءَ والغراسَ لا يستقرُّ عليه مُلكه، فإن للبائع قلْعَهَا بعد البيع، فيثبت للمشتري رَدُّ المبيع بسببه بخلاف الصبغ؛ فإنَّ إفراده بالبيع لا يجوز، فإن لم يجوِّز: فالبائع يضارب الغرماءَ بالثمن أو يَتَملَّكُ الغراسَ والبناء بالقيمةِ أو يَقلَعُ، ويضمن أرْشَ النقصان؟ وإن جوَّزنا له الرجوعَ في الأرضِ، فرجع، فإن اتفق البائعُ والغرماءُ على بيع الأرض مع الغراسِ والبناءِ ـ: جاز، ويقسَّم الثمنُ بينهم عَلَى قيمة الأرضِ، وعلى البناء والغراسِ.

ولو أراد المفلس والغرماءُ بَيْعَ الغراسِ والبناءِ، وامتنع البائع عن بَيْع الأرضِ ـ: هل يجبر عليه؟ فيه قولان:

أحدهما: يجبر؛ كما يباع الثوب المصبوغ؛ دفعاً للضرر.

والثاني: لا يجبر؛ لأن بَيْعَ كل واحد على الانفراد ممكنٌ؛ بخِلاف الصبغ.

ولو لم يتفقا فباع المفلس والغرماء البناءَ والأشجار ـ: جاز للبائع بعده أن يتملَّكها بالقيمة، أو يقلعها ويضمَنَ أرْشَ النقصان، وللمشتري الخيارُ في فَسْخ البيع، إن كان جاهلاً بالحال.

وإذا اشترى حَبًّا، فبذره، فنبت الزرع، أو اشترى أرضاً مبذورةً مع البَذْرِ، وقلنا: يجوز، وهو بعيدٌ، فنبتَ الزرعُ أو اشترىٰ بيضةً، فأحضنها تحت دَجاجةٍ، فأخرجت فرخاً، فأفلَسَ المشتري بالثمن ـ: هل للبائع أن يرجعَ فيه؟ فعلَىٰ وجهين:

أصحهما: يرجع؛ لأنَّه وجد عَيْنَ ماله؛ إلاَّ أنه متغيِّرٌ؛ فصار كالوَدِيِّ[١] إذا كَبِرَ، فصار نَخْلاً، والجدي[٢] إذا صار شاةً.

والثاني: لا يرجع؛ لأن الزرْع غَيْرُ الحَبِّ، والفَرْخَ غير البيضِ، والذي اشتراه قد هَلَكَ.

ولو باع زرعاً بقلاً مع الأرض، فأفلس، وقد اشتدَّ حبُّه ـ: هل له الرجوعُ في الزرع؟ فقد قيل: فيه وجهان؛ كالحبِّ يَنْبُت، والصحيحُ: أنه يرجعُ فيه؛ لأنه عَيْنُ ماله.

ولو اشترىٰ عصيراً، فتخمَّر، ثم تحلَّل، وأفلس بالثمن ـ: أخذه البائع، ولا شيء له.

قال الشيخ الإمامُ: ويحتملُ غيره.

فَصْــلٌ في زيادة المبيع

إذا زاد المبيعُ في يد المشتري بإحداث فِعْل فيه ـ لا يخلو: إما إن دخل عليه شيء آخر، أو لم يدخُلْ: فإن دخل بأن كانَ ثوباً، فصبغه المشتري بصبْغ من عند نفسه، أو السويق إذا لَتَّهُ بشَيْرَجٍ[٣] من عنده، ثم أفلس بالثمن ـ نُظِرَ: إن لم تزدْ قيمتُهُ بالصبغ؛ بأن كانت قيمتُهُ عَشَرةً، وبعد الصبغ ـ أيضاً ـ عشرةٌ ـ أخذه البائع.

وكذلك إذا انتقصَتْ قيمته عَنْ عَشَرَةٍ ـ: أخذه ولا شيءَ له ولا عليه، وإنْ زادَتْ قيمته ـ: فله ثلاثةُ أحوال:

إحداهما: ألا تزيد قيمتُه على قيمة الثوب والصِّبْغِ، ولا ينقص، مثلُ: إن كانت قيمةُ الثوب عَشَرَةً، وقيمةُ الصبغِ خمسةً، وقيمته بعد الصِّبْغ خمسةَ عَشَر ـ: فللبائع فسْخُ البيعِ في الثوب، والغرماءُ شركاءُ معه بسبب الصِّبْغ، فيباع بخمسةَ عَشَر، عشر منها: للبائع، وخمسة: للغرماء، وللبائع أن يمسكه، ويردّ خمسة، وفي كيفيَّة تنزيل هذه الشركة وَجْهَانِ:

أحدهما: ثلثا الثوب، وثلثا الصبغ للبائع، وثلثهما للمشتري؛ لأنَّ مال كلٍّ واحد لا يتميَّز من الآخر؛ فصارا شريكين فيه؛ كالزَّيْت يخلطه.

والثاني: جميعُ الثوْب للبائِعِ، وجميعُ الصِّبْغ للمشتري كالأرْضِ يغرسها.

---

(١) صغار الفسيل. الواحدة: ودية. ينظر المعجم الوسيط (٢/ ١٠٢٣).

(٢) الذكر من الأولاد من أولاد المعز جمع أَجْدٍ، وجداء، وجديان. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ١١٢).

(٣) زيت السمسم. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٥٠٢).

الحالـة الثانية: أن تنقصَ القيمة بأنْ كانَتْ قيمته بعدَ الصبغ ثلاثةَ عَشَرَ، فالنقصان يجعلُ من الصبغ؛ لأنَّه مستهلكٌ في الثوب، والثَّوْبُ قائمٌ، فباع الثوب بثلاثة عَشَرَ: عشرة منها للبائع، وثلاثة للغرماء.

الحالة الثالثة: أن تزيدَ القيمةُ، فتصيرُ عشرين، فما زاد بعمله على قيمة الثوب والصِّبْغ عَيْنٌ أم أثَرٌ؟ فيه قولان؛ كالنقصان:

إن قلنا: عَيْنٌ ـ: فنصف الثوبْ للبائع، ونصفه للمشتري والغرماء.

وإنْ قلنا: عمله أثَرٌ ـ: فالثلثان للبائع، والثلث للمشتري.

فلو ارتفع السوقُ أو غُبِن إنسانٌ، فبيع الثوب منه بثلاثين:

فإن قلنا: عمله عَيْنٌ فخمسة عشر منها للبائع، والباقي للغرماء؛ لأن ما زاد بسبب الصبغ كعين مال المشتري، وكان الثوب بينهما نصْفان، وقد رَبح عليه عَشَرَةً؛ فيكون بينهما.

وإنْ قلنا: عمله أثَرٌ ـ: فالكل بينهما أثلاثٌ.

وإن اشترىٰ ثوباً بعَشْرٍ وصبغاً من آخر بخمسة، فصبغه به، ثم أفلس، ثم فسخ البائعان البَيْع ـ: فهما شريكان فيه؛ كما ذكرنا في البائع والمشتري، إذا صبـغ ثوبه؛ فإن كانت قيمته خمسةَ عَشَرَ ـ: فالثلثان لبائع الثوبِ، والثلث لبائع الصّبْغِ، وإن كانت قيمتُهُ بعد الصِّبْغِ ثلاثة عشر ـ: فقد وجد بائعُ الثوب عَيْنَ ماله، وبائعُ الصِّبْغ بعْضَ ماله؛ فكان لبائع الثوْب عشرة، ولبائع الصبغِ ثلاثةٌ، وإن كانت قيمتُهُ بعد الصبغ أحَدَ عشر ـ: فهو بين بائع الثوبَ وبائع الصبغ: عَشَرَةٌ لبائع الثوب، ودرهم لبائع الصبغ.

وإن كانت قيمته بعد الصبغِ عشرين: فعلىٰ ما ذكرنا: إنْ قلنا: عمله كالعَيْن ـ: كانت الزيادةُ للمُفْلِسِ: عشرةٌ لبائع الثوب، وخمسةٌ لبائع الصبغ، وخمسةٌ للمفلس والغرماء، وإن قلنا: عمله أثرٌ ـ: فالثوب بين البائعين أثلاثاً: فالثلثان لبائع الثوب، والثلث لبائع الصبغ.

ولو اشترىٰ ثوباً بعشرةٍ، واشترىٰ مِنْ آخر صبغاً بدرهمٍ، واستأجر أجيراً بدرهم حتَّىٰ صبغه: فإن كانَتْ قيمته بَعْدَ الصِّبْغ عشرةً ـ: أخذه بائعُ الثوب، وبائع الصبغ مع الأجير ـ يضاربان الغرماء، وإن كانت قيمته بعد الصبغ عشرةً ـ: أخذه بائعُ الثوب، وبائعُ الصبغ مع الأجيرِ يضاربان الغرماء، وإن كانت قيمته بثمنه ـ: لا شيْء له في الثوب.

وإن كانت قيمته بعد الصبغ خمسةَ عَشَرَ: إن قلنا: فعل الأجير عَيْنٌ ـ: فالأجير يكون شريكاً مع البائعين؛ يباع الثوبُ بخمسة عشر: عشَرَةٌ لبائع الثوب، ودرهم لبائع الصبغ، ودرهمٌ للأجير، وثلاثةٌ للغرماء.

وإن قلنا: فعل الأجير أثرٌ ـ: لا شركة له فيه، بل يكون بين البائعين: يُباعُ؛ فيجعل الثمن بينهما علىٰ أَحَدَ عَشَرَ سَهْماً: عشرة لبائع الثوب، وسهم لبائع الصبغ.

ولو اشترى صبغاً، وصبغ به ثوباً لنفسه، ثم أفلس ـ: فللبائع الرجوعُ في عَيْن ماله من الصبغ، ويكون شريكاً مع المشتري؛ كما ذكرنا في البائعين، فإن كان فيه نقصٌ ـ: فالنقصان يكون من الصِّبْغ؛ حتى لَوْ لَمْ يزدْ قيمته علىٰ قيمة الثوب ـ: فالصِّبْغ مستهلك؛ فبائعه يضارِبُ الغرماء، ولا شركة له في الثوب.

أما إذا أحدث المشتري به فعلاً ـ: لم يدخُل عليه شيئاً آخر، مثل: إن اشترى ثوباً، فقصَّره، أو خاطه بخيطٍ من ذلك الثوب، أو اشترى حنطة فطحنها، أو دقيقاً فخبزه، أو شاةً فذبحها، أو جلداً فدبغه، أو لحماً فشَوَاهُ، أو طبخه، أو عبداً فعلَّمه القرآن أو الحرفَة، أو الشِّعْرَ المُبَاح، أو الكتابة، أو دابَّةً فراضها[1]، أو أرضاً فضَرَبَ من تُرْبتها لبناً[2] أو بنى فيها من تربتها، ثم أفلَسَ بالثمن ـ: فللبائع فَسْخُ البيع، وأخْذُ المبيع، وهل يكونُ المُفْلِسُ شريكاً معه؟ فيه نظرٌ: إن لم تزد قيمته بهذه الأعمال ـ: لا يكون شريكاً؛ لأن عمله مستهلك لا أثر له فيه، وإن انتقصت قيمته ـ لا شيْء للبائع عليه، وإذا أخذ العين، وإن زادت قيمته ـ: فهذا مبنيٌّ على أن هذه الأعمالَ عَيْنٌ أم أثر؟ وفيه قولان:

أحدهما ـ وهو اختيار المزني ـ: أنها أثرٌ؛ لأنها زيادةُ وصفٍ، كسمن الدابّة بالعلَفِ، وكبر الودي بالسقي.

والثاني: أنها عَيْنٌ، وهو الذي اختاره الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ لأنها زيادةٌ حصلَتْ بسبب يجوزُ أخذُ العوض عليه، فإنه يجوزُ الاستئجار علىٰ هذه الأعمال؟ بخلاف تسمين الدابة وتكبير الودي؛ فإنه لا يجوزُ الاستئجار عليْها؛ لأنها تحدُثُ لا بصنعٍ منه؛ فإنه قد يبالغ في العلَفِ، ولا يسمن.

ومن أصحابنا من قال: تعليمُ القُرآن والشعْر والكتابةِ والحِرْفة ـ: لا يكون عَيْناً قولاً واحداً؛ لأنَّه ليس بيد المعلِّم إلاَّ التلقين، وقد يجتهد في التلقين، ولا يتعلَّم، فهو كسمن الدابّة، والأوَّل أصَحُّ، وبه قال «صاحب التلخيص»: أنه على قولَيْن؛ لأن الاستئجار عليه جائز.

فإن قلنا: إنها أثرٌ لا شركة للمفلس فيه؛ كالزيادة المتصلة.

---

(١) أي: ذللها. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٣٨٢).

(٢) المضروب من الطين يبني به دون أن يطبخ. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٨١٤).

وإنْ كان المشتري اُستأجر أجيراً علىٰ هذه الأعمالِ ـ: فالأجيرُ يضاربُ الغرماء بأجرته.

وإن قلنا: إنها عَيْنٌ ـ: فالغرماءُ شركاءُ معه: فإن شاء البائعُ ـ رَدَّ ما زاد بسبب هذه الأعمال، أو تباع؛ فيكون له بقدر قيمة العَيْن، والباقي للغرماء.

فإن اُشترى الثوب بعشرة، واستأجر أجيراً له بدرهمٍ، فقصّره، فصارَتْ قيمته خمسةَ عَشَر؛ عشَرةٌ منها للبائع، ودرهمٌ للأجير، وأربعة للغرماء.

وإن كانت قيمة الثوب عشَرَةً، واُستأجر أجيراً بخمسة، فقصَّره، فصارت قيمتُهُ أحدَ عَشَرَ: إن لم يختر الأجيرُ فَسْخَ الإجارة ـ: تباع بإحدى عشرة: عَشْرةٌ للبائع، ودرهمٌ للغرماء، والأجيرُ يضاربُ الغرماءَ بخمسة، وإن اختار الفَسْخَ ـ: فعشرة للبائع، ودرهمٌ للأجيرِ، ويضارب الغرماء بأربعة.

فإن قيل: إذا جعلتم فعْلَ الأجير عَيْناً، وزادت بفعله خمسة، وأجرته درهمٌ ـ: وجب أن تكون جميع الزيادة له، وإن كانَتْ أجرته خمسةً، ولم يزدْ إلا درهم ـ: ألاَّ يكونَ له إلاّ درهمٌ ـ: قلنا: وإنْ جعلناه عَيْناً ـ: فليس له ذلك بحقيقةِ عَيْن؛ بل فيه معنى الأثر، فنعتبرهما، فنجعل الزيادة الحاصلَة بعمله كالمرهون في حقِّه بأجرته، فإن كان قيمةُ عمله أكثَرَ ـ: ليس له إلاَّ قَدْرُ أجرته، وإن كان أقلَّ ـ: فبالزيادة يُحاصُّ الغرماء.

فَصْلٌ [فيما إذا كَانَ المَبيعُ مِنْ ذَوَاتِ الأَمْثَالِ]

إذا كان المَبيعُ مِنْ ذوات الأمثالِ، فَخَلَطَهُ بجنسه كالحبوب والأدهان يخلطها بجنسه ـ نُظِرَ: إنْ خلطه بمثله أو بأردأ؛ بأن اُشترىٰ صاع حنطةٍ قيمته درهمان، فخلطه بصاع قيمته [درهم]، فخلطه بمكيلة قيمته درهم، ثم أفلس ـ: فقد وجد البائعُ عين ماله: فإن شاء أخذ منه مكيلته، وإن شاء ضارب الغرماء بالثمن، وإذا أخذ مكيلته فلا يرجعُ بأرش النقصان؛ إذا كان خلطه بأردأ؛ لأنَّ المشتري لم يكن متعدِّياً بالخلط بخلاف ما لو غَصَبَ زيتاً، فخلطه بأردأ ـ: أَخَذَ المالك مكيله وأرْشَ النقصان؛ لأنَّ الغاصب كان متعدِّياً بالخلط.

وقال أبو إسحاق: إذا خلط بأردأ، وأَبَى البائعُ أن يأخذ مكيلة زيته ناقصاً ـ: فيباع الزيتان، ويقسم الثمن علىٰ قدر قيمتهما؛ فالثلثان للبائع، والثلث للمفلس؛ لأنه إذا أخذ مثل زيته بالكيل ـ: كان أنقص من حقِّه، وإن كان أخذ أكْثَرَ من زيته ـ: كان ربا كمن باع صاعاً من زيْت بأكثر، والأوَّل المذهبُ: أنه يأخذ مكيلته ناقصاً إن شاء، أو يترك كما لو حدث بالمبيع عَيْبٌ عند المشتري.

أمَّا إذا خلطه بأجْوَد بأن ٱشترىٰ مكيلة زيت، قيمته درهم، فخلطه بمكيلة قيمته درهمان ـ: فهل له أن يفسخ العقد، ويرجع في عين ماله؟ فيه قولان:

أحدهما ـ وهو اختيار المزني ـ: له أن يفسخ العقدَ، ويكون شريكاً مع الغرماء بقَدْر قيمة زيته؛ كما لو خَلَطَهُ بمثله، وكالثوب صبَغَهُ.

والثاني: لا فَسْخَ له؛ بل يضارب الغرماء بالثمن؛ لأنَّه لا يمكنه أخذ ماله إلاَّ زائداً، وليس كالثوب يصبغه، والسويق يلتُّه؛ لأنَّ الثوب بعينه موجودٌ؛ وكذلك السويقُ، إلاَّ أن صفته تغير اتصالَ غيْره به، وههنا: عَيْنُ ماله كالفائت بالخَلْط، وخرج قول من ههنا إلى ما لو خلط بأردأ أنه لا فسخ له، وليس بصحيح.

فإن قلنا: له أن يفسخ، فيرجع في عين ماله ـ: ففي كيفيته قولان:

أصحهما: أنه يباعُ الزيتان، ويقسم الثمن بينهما على قَدْرِ قيمتهما؛ فيكون الثلث للبائع، والثلثان للمفلسِ والغرماءِ.

والثاني ـ حكاه البويطي ـ: أنه يأخذُهُ من هذا الزَّيتِ بقيمة مكيلته؛ فيأخذ ثُلثَيْ مكيلة، وهذا غيرُ صحيحٍ؛ لأنه يصير كأنه باع مكيلة زيت بثلثَيْ مكيلة.

أما إذا خلط المبيعَ بجنْسٍ آخَرَ؛ بأن خلط الزيت بألبان ـ: فهو كما لو تلف المبيعُ؛ فلا فسخ له، بل يضارب الغرماء.

ولو اشترى زيتاً، فأغلاه، فذهب ثلثه بالإغلاء، ثم أفلس البائعُ ـ: إن اختار الفسخ أخذه بثلثَيِ الثمن، وضارب الغرماء بالثلث؛ لأنه نقصان، سواءٌ كانت قيمته زائدةٌ على الثلثين أو ناقصة.

ولو ٱشترى عصيراً، فأغلاه، فذهب ثلثه، ولم ينتقص قيمته ـ: فمن أصحابنا من قال: هو كالزيْتِ: للبائعِ أن يأخذ الباقِيَ بثُلثَي الثمنِ، ويضارب بالثلث الغرماء.

ومنهم من قال: إذا لم تنتقصْ قيمته ـ: يأخذ البائع، ولا شيء له؛ لأن الذاهب من العصير ماءٌ، ولا قيمة له؛ بخلاف الزيت؛ فإن الذاهب منه زَيْتٌ متقوَّمٌ.

فَصْلٌ [في بَيانِ إجَارَةِ المُفْلِسِ]

إذا أَجَرَ أرضاً أو شيئاً آخَرَ من إنسانٍ، ثم أفلس المكتري بالأجرة ـ: يجوز للآجِرِ فسْخُ الإجارة؛ لأن المنافع في الإجارة كالعَيْنِ في المبيع، ثم إذا أفلس المشتري بالثمن، والمبيعُ قائمٌ ـ: ثَبَتَ للبائع الفَسْخُ؛ وكذلك: إذا أفلس المكتري، والمنافعُ باقيةٌ ـ: كان للآجر الفسخ.

وإذا أفلس، وقد مضىٰ بعضُ المُدَّة في المدَّة الباقية فلا يفسخ في المدَّة الماضية؛ لأنها كالتالفة، ويضارب الغرماء بما يقابل المدة الماضية من الأجر المسمَّى، كما لو باع عَبْدَيْنِ، فتلف أحدُهُما، ثم أفلس ـ: فإنه يضارب بثمن ما تلف، ويفسخ فيما بقي ـ: فإنْ فَسَخَ الإجارة، والأرْضُ مشغولةٌ بزرعِ المكتري ـ: فإنْ قلع المفلسُ والغرماء الزرعَ ـ أخذ الأجراءُ الأرضَ؛ فإن لم يقلعوا ليس للآجر قلعه، بل يتركه إلى أوان الحصاد بأجْر المثل.

ويقدّم حقه في أجر المثل على الغرماء؛ لأن تحصيل مال المُفْلِس كأجرة الدَّلاَّل والكيَّال في بيع ماله: فإنْ لم يقدِّموا حَقَّهُ له قلعه مَجَّاناً، وكذلك: لو اكترى دابَّةً، فأفلس المكتري في خلال الطريق، وفسخ المكري الإجارة ـ: ليس له ترك متاعه في المفازة؛ بل يحمله إلى موضع الأمن بكراء المثل، ويقدّم فيه حقّه على الغرماء، ويستحق لما مضى قبل الفسخ بقَدْر من المسمَّىٰ، ويضارب الغرماء، وإنْ أراد بعض الغرماء قَطْعَ الزرع قبل أوان الحصاد تعجيلاً لحقوقهم، وأراد بعضهم التبقية ـ: يقدَّم قول من يريدُ القَطْعَ إلاَّ أن يكون له قيمة فلا يقطع، فإن كان الأجر لم يأخذ أجره المدَّة الماضية ـ: فهو كواحدٍ من الغرماء ـ: له أن يقطع الزرْعَ ـ: إن كانت له قيمةٌ، ولا يؤخره إلى الإدراك، فإن ٱتفقوا على ترك الزَّرْعِ إلى الحصاد، أو تركِ الثمرةِ إلى الجذاذ ـ: تكون مؤنةُ السَّقْي في مال المفلس، فإن تطوّع به، وأخذ من الغرماء ـ: لم يرجع عليه بشيء، وإن لم يتطوَّع، فطلب الأجرة ـ: يقدَّم حقُّه على سائر الغرماء، وإن ٱتَّفَقُوا جميعاً فهم سواء، ولو أفلس المستأجر، والأرْضُ فارغة ـ: لم يفسخ الأجير الإجارة، بل يؤاجرها الحاكم على المفلس، والآجِرُ يضارِبُ الغرماء بأجرته.

ولو أسْلَمَ في شيءٍ، ثم أفلس المسلم إليه ـ: فللمسلم فَسْخُ العقد، إن كان رأس ماله قائماً، ويأخذه، وإن كان تالفاً ـ: فلا فسخ له، ويضارب الغرماء بالمسلم فيه، فإن لم يكن في ماله من جنس المسلم فيه كما يخصُّه من مال المفلِسِ ـ: يشتري به المسلَّم فيه، وإن كان المسلم فيه منقطعاً، ورأس ماله تالفٌ، وقلنا بالانقطاع ـ: لا ينفسخ العقد، فأفلس المسلم إليه، هل للمسلم فسْخُ العقد؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا فَسْخَ له؛ لأنَّه يحتاجُ في الحالَيْن إلى مضاربة الغرماء: إن فسخ فبرأس المال، وإن لم يفسخ فبالمسلم فيه.

والثاني: له الفسخ؛ لأنَّ له فيه فائدةً، وهو أن ما يخصُّه من مال المفلس يسلَّم إليه من جهة رأس المال؛ فإن لم يفسخ لا يسلَّم إليه؛ بل يوقف ليشتري به المسلَّم فيه.

فلو قسم مال المفلس، وأفرد نصيبه، ثم هاج بالمسلم فيه ـ: رخص بحيث يوجد بما خصَّه جميع المسلم فيه؛ ليشتري ويسلم إليه، وإن كان توفيرُ حقِّه دون سائر الغرماءِ؛ لأن الاعتبار بيوم القسمة، وإن تلف المقرَّر باسمه ـ: كان مِنْ ضمانِ المُفْلس، وحَقُّ المسلم في

ذمَّته لا يرجع على الغرماء بشيء.

فَصْلٌ [في بيان الديون التي على المُفْلِسِ]

إذا سأل الغرماءُ الحَجْرَ على المديون ـ: نُظِرَ: إن كانت الديونُ مؤجَّلة، أو بعضها حالَّةٌ والبعضُ مؤجَّلٌ، وماله يفي بديونه الحالَّة ـ: لا يحجر عليه، وإن كان ماله لا يفي بديونه الحالة يحجُر عليه، وإذا حجر عليه، هل تحلُّ ديونه المؤجَّلة؟ فيه قولان:

أحدهما: يَحِلُّ؛ لأنَّ بالحَجْرِ يتعلَّق حق الغرماء بعيَن ماله؛ فيحلُّ الأجَلُ به، كما لو مات المديون.

والثاني ـ وهو اختيارُ المُزَنِيِّ ـ: لا يحلُّ؛ لأنَّ الذمَّة قائمةٌ، وبالموت خربت الذمَّة؛ فَحَلَّ الأجل.

فإن قلنا: تحلُّ الديون المؤجَّلة، فيقسم ماله على جميع غرمائه.

ومَنْ باع منه شيئاً بثمنٍ مؤجَّل، والمبيعُ قائمٌ عنده ـ: فله أن يفسخ البيع، ويأخذ عين ماله.

وإنْ قلنا: لا تحلُّ الديون المؤجَّلة ـ: يصرف ماله إلىٰ ديونه الحالَّة.

ومَنْ باع شيئاً بثمن مؤجَّل، والمبيعُ قائمٌ، هَلْ يصرَفُ ذلك في ديونه الحالَّة؟ فيه وجهان:

أصحهما: يصرف؛ كَسائِرِ الأموال.

والثاني: لا يصرف؛ لأنَّه كالمرهون في حَقِّ بائعه، فيوقف، حتَّى يَحِلَّ الأجَلُ، فيأخذه إن شاء.

فَصْلٌ في تَصَرُّفِ المُفْلِسِ

تصرُّف المفلس نافذٌ قبل الحجر؛ كتصرُّف من لا دَيْنَ عليه، أما بعد الحجر فوصيته وتدبيره جائزٌ؛ فإنْ فَضَلَ ماله عن الدَّيْن ـ: ينفذ؛ لأن كل واحد منهما تصرف بعد الموت ـ: لا ينفذ إلاَّ في الفاضل عن الدَّيْن، وهما يقبلان الغرر والخطر، وكذلك خلعه جائز؛ لأنَّ له أن يطلق مجاناً.

أما إذا باع المفلسُ شيئاً بعد الحَجْر، أو وهب، أو أعتق عبداً، أو كاتبه، فهل يصحُّ؟ فيه قولان:

أصحهما ـ: وهو اختيار المزني ـ: لا يصحُّ؛ لتعلُّق حق الغرماء بماله؛ كما لا يجوز

بيع المرهون؛ لتعلُّق حقِّ المرتهن به، ولأنه محجورٌ عليه كالسفيه.

والثاني: يكون تصرُّفه موقوفاً، فإن اُفتكَّ الحجر عنه، وفَضَلَ ذلك عن الغرماء ـ: بَانَ أنه كان صحيحاً، وإن لم يفضُلْ كان مفسوخاً؛ فعلَىٰ هذا: يؤخِّر بيع هذه الأعيان عن سائر الأموال، ويبدأ بنقض الأضعف عن هذه التصرُّفات.

فإن كان قد باع عَيْناً، وَوَهبَ أخرىٰ، وأعْتَقَ عبداً ـ: يبدأ بنقض الهبة؛ لأنَّها أضعَفُ، فإنَّه لا عوضَ فيها، ثم ينقضُ البيع؛ لأنَّه يقبل الفَسْخ، ثم بالعتْقِ؛ لأنه أقوَىٰ هذه التصرفات.

ومِنْ أصحابنا من قال: القولان في تصرُّفه، إذا لم يَجْعَلِ القاضي ماله لغرمائه، أما إذا حجر عليه، وجعل ماله لغرمائه، فحيْثُ وجده فلا ينفُذُ تصرُّفه قَوْلاً واحداً؛ لأنَّ فيه إبطالَ ما فعله القاضي؛ فقد قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ إذا جعل ماله لغرمائه ـ: لا زكاة عليه. ومن أصحابنا من قال: ما دَامَ ملكُهُ باقياً، ففي نفوذ تصرُّفه قولان.

وتجبُ الزكاةُ على أظهر القولَين، و «حيث يوجب الزكاة» أراد: إذا باع مالَهُ مِنْ غرمائه، وكان معلوماً حينئذٍ ـ: لا ينفُذُ تصرُّفه، ولا زكاة عليه.

أما إذا اشترى المُفْلِسُ شيئاً في الذمَّة أو قبل السلام ـ: يجوز؛ لأنَّه يكون في ذمَّته إلى قضاءِ الديون؛ فليس له أن يقضيه مما في يدِهِ مِنَ المال، ثم إذا أراد بَيْعَ ما اشتراه في الذمَّة ـ: منع منه؛ كما لو احتطب أو احْتَشَّ، فأراد بيعه: فلو باعه فعلى القولين.

وقال «صاحب التلخيص»: و [لا] يجوز بَيْعُ المفلس، إلاَّ في مسألة واحدة، وهي أن يكون محجوراً عليه في دَيْن رجلٍ، فباع ماله بجميع ذلك الدَّيْن فيه؛ ليبرأ ذمته ـ: فيجوز، فمن أصحابنا مَنْ وافقه، وقال: لأنَّ الحَجْرَ عليه لدينِهِ خاصَّة؛ فجاز بيعه منه؛ لبراءة ذمَّته؛ كما لو باع الرَّهْنَ من المرتهن ـ: يجوز، وإن لم يَجُزْ من غيره.

وعلى هذا: لو كان محجوراً عليه في دَيْنِ جماعةٍ، فباع ما له منهم بجميع ديونهم ـ: جاز، ومِنْ أصحابنا من قال: هو كَمَا لو باع من غيره ـ: لا يصحُّ على أصحِّ القولين، ما لم يرفع الحاكم الحَجْرَ عنه؛ لأنَّ الحَجْرَ على المفلس لا يكون مقصوراً على حقِّ غريم واحدٍ، فربَّما يكونُ له غريمٌ في الباطن ـ: فهو لا يُعْرَفُ؛ فلا يصحُّ بيعه منه خاصَّة بخلاف الرهْنِ؛ لأنَّ الحقَّ فيه خاصٌّ للمرتهن؛ بدليل: أنه لو باعه منه ههنا ببعض ذلك الدَّيْن أو باعه من غَيْر غريمه بإذن غريمه ـ: لا يجوز، ويجوزُ كلُّ ذلك في الرهن، وهذا لأنَّ الحجر على المُفْلِس بإذن الحاكمِ، فرفعه كان إليه بخلاف الرهن.

ولو أَجَرَ رجُلٌ داراً، ثم أفلَسَ، وحجر عليه ـ: لا يفسخ الكراء، وحَقُّ المكتري مقدَّم

على سائر الغرماء؛ كما لو رهن شيئاً، ثم حجر عليه: يقدَّم حقُّ المرتهن.

ويجوزُ أن يُباع الدار المكتراةُ على المفلس مسْلُوب المنفعة؛ إذا جوَّزنا بيع المكراة؛ وكذلك: لو باع شيئاً، ثم أفلس البائعُ، وحجر عليه قبل تسليم المبيع ـ: يجب عليه تسليم المبيع، ولم يكن له الرجوعُ فيه، ويقبض الثمن؛ لأنَّ البيع سبق الحجر.

وإذا باع شيئاً بَشْرط الخيار، ثم أفلس البائع وحجر عليه، أو المشتري، أو هما في زمان الخيار وحجر عليهما ـ: نص على أنه يجوزُ لكلٍّ واحدٍ منهما فَسْخُ البيع وإجارته؛ لأنه ليس ببيع مستحدثٍ، فمن أصحابنا مَنْ أجراه على ظاهرِهِ، وهو الأصح، وقال: المفلسُ ممنوعٌ من إنشاء العقْدِ، لا عَنْ إجارة بيع الحجر.

وقال أبو إسْحَاقَ: يراعىٰ حقُّ المفلس، إن كان الحَظُّ له في الفسخ ـ: لم تَجُزِ الإجارةُ، وإن كان في الإجارة ـ لم يجز الفسخ، ومن أصحابنا مَنْ ذكر تفصيلاً، فقال: إنْ فعل ما فيه نَظَرٌ من فسخ إجارةٍ ـ جاز، وإن فعل ما لا نظر فيه ـ نُظِرَ: إن منع دخول الشيء في ملكه ـ: جاز، وإن أخرج عن ملكه ـ: لم يجز.

بيانه: إذا أفلس المشتري: إن قلنا: المِلْكُ في زمان الخيار للبائع ـ: يجوز للمشتري الإجارةُ والفسخُ، وإن لم يَكُنْ له فيه نَظَرٌ؛ لأنه بالإجارةِ يدخُلُ الشيء في ملكه، وبالفسخ: يمنع دخول الشيء في ملكه.

وإنْ قلنا: المِلْك له في زمان الخيار: فإن أجاز جاز؛ لأنه يبقى الشيء في ملكه، وإن فسخ، ونظر في الإجارة ـ: لم يجز؛ لأنه يخرج الشيء عن ملكه.

وإنْ أفْلَسَ البائعُ ـ: فإن قلنا: الملكُ للمشتري فللبائع الفسخ والإجارة؛ لأنه بالفسخ: يدخل الشيء في ملكه، وبالإجارة: منع دخول الشيء في ملكه، وليس له الإجارة، لأنه يخرج الشيء عن ملكه.

ولو وهب هبة تقتضي الثواب، وقلنا: الثوابُ يقدَّر بما يُرْضي الواهب، ثم أفلس ـ: فله أن يرضى بما شاء؛ لأنَّا لو ألزمناه طَلَبَ الفضْل، كنا ألزمناه بقبض المسلَّم فيه معِيباً، ولا تغير صفته إلاَّ بإذنِ الغرماء؛ لتعلُّق حقوقهم به.

فَصْلٌ [في تَعَلُّقِ الدُّيُونِ بالْمَحجُورِ عَلْيِهِ]

إذا حَجَرَ الحاكم على المُفْلِس ـ يتعلَّق بماله كُلُّ دَيْنٍ لزمه قبل الحجر، سواءٌ فيه دَيْنُ المعاملة أو دَيْنُ الجناية والإتلاف.

أمَّا ما لزم مِنَ الديون بعد الحَجْر، فهل يشارك مُسْتَحِقُّه الغرماءَ القيمة؟ نُظِرَ: إن ثَبَتَ

ذلك باختيار مُسْتَحِقِّه كالقرض وثمن المبيع ـ: فلا يشارك الغرماء بالقيمة بشيء أخذ منه حقّه، وإن لم يفضل فحتى يجد؛ لأنه لما عامله مع عِلْمِهِ بإفلاسه ـ: فقد رضي بذمة خربة، وإن لم يعلم بإفلاسه ـ: فقد فرَّط حِينَ دخل معاملته على غير يقين؛ فيلزمه الصبر.

وإنْ لزم ذلك الدَّيْن بغير ٱختيار مستحقِّه بجناية أو إتلاف مالٍ ـ: ففيه وجهان:

الصحيح: أنه يشارك الغرماء القيمة؛ لأنه لم يكُنْ من جهته التفريطُ ـ: فلا يلزمه أن ينتظر.

وقيل: لا يشاركهم؛ لأنه وجَبَ بعد الحَجْر، وتعلّق حقُّ الأوَّلين بالمال؛ فيتأخر عن حقِّهم كدَيْن المعاملة.

ولو أقَرَّ المُفْلِسُ بمالٍ لإنسانٍ ـ لا يخلو: إما إن أقَرَّ بدينٍ لزم قبل الحجر أو بعده: فإنْ أقَرَّ بدَيْن لَزِمَ قبل الحجر، سواءٌ كان دَيْنَ معاملةٍ أو دَيْنَ جنايةٍ ـ: لزم الإقرار في حقِّه، وهل يلزم في حقِّ الغرماء؛ حتَّى يزاحمهم المقر له؟ فيه قولان:

أصحهُّما: يلزم، ويزاحمهم؛ كما لو ثبت بالبيِّنة، وكالمريض إذا أقَرَّ بدَيْن لإنسان: يزاحم غرماءَ الصحَّة.

والثاني: لا يلزم، وهو كديْنٍ لزم بَعْدَ الحجر؛ لأنه تعلّق به حقُّ الأولين؛ كما لو رهن شيئاً، ثم أقَرَّ به لآخر: لا يقبل إلاَّ أن تقوم ـ عليه بينة؛ فيلزم، وكذلك: لو أقرَّ بعَيْنٍ لإنسانٍ، فقال: هذه لفلانٍ، غصبته منه أو أخذته منه، أو أخذته على جهة السَّوْمِ، أو عاريَّة، هل يقبلُ في مزاحمة الغرماء؟ فيه قولان:

أحدهما: يقبل، ويسلَّم إلى المقرِّ له.

والثاني: يوقف، فإن فضل عن الغرماء يسلَّم إليه؛ وإلاَّ يباع في الدَّيْن والقيمة في ذمَّته في دَيْنه المقرّ له، أمَّا إذا أقرَّ بدَيْنٍ معاملة ـ: فلا يقبل في حق الغرماء؛ فكذلك: لو قامت عليه ببينة، فإنْ فضل عن الغرماءِ شيء دفع إليه، وإن أقرَّ بدَيْن إتلافٍ ـ ففيه وجهان:

أحدهما: يتأخّر كدين المعاملة.

والصحيحُ: أنه كما لو أسندَ إلى ما قبل الحجر، فعلى القولَيْن.

ولو ادَّعىٰ رجلٌ على المفلسِ مالاً لزمه قبل الحجر، فأنكر، ولم يحلف، وحلف المُدَّعِي ـ ثبت المال، وهل يشارك الغرماء القيمة أم لا؟

إن قلنا: النكولُ وَرَدُّ اليمين كالبيِّنَةِ ـ شاركهم.

وإن قلنا: كالإقرار ـ فعلى القولين.

ولو أقر المفلِسُ على نفسه بما يُوجِبُ عقوبةً من قصاصٍ أو حَدٍّ ـ يقبل.

قال الشيخُ الإمامُ: وإنْ عفى عن القصاصِ على مال، فهو كدين الجناية يقرُّ به، وكذلك: لو أقرَّ بسرِقة موجبة للقطع ـ قُبِلَ قوله في القطع، وهل تسلَّم إليه العين المسروقة؟ ـ فعلى القولين.

ولو جنى عبد المُفْلِس على نفسه؛ بما يوجب على إنسان ـ: يقدم حقّ المجنيِّ عليه مِنْ ثمنه، وعلى سائر الغرماء كالعبد المرهون، فإذا جنى يقدَّم حق المجنيِّ عليه على حَقِّ المرتهن.

ولو جنى على المفلِس أو على عبده: فإن كانت الجنايةُ موجبةً للقصاص ـ: يجوز للمفلس أن يقبض من غير إذْنِ الغرماء، وإنْ كانت موجبةً للمال ـ: ليس له ولا لوارثه، إن كان يعفُو عن المالِ دون إذْنِ الغرماء.

فَصْلٌ هل يُحْبَسُ المحجُورِ عَلَيْهِ

روي عن كَعْبِ بن مالك؛ أنَّ رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ حَجَرَ عَلَى مُعَاذٍ وَبَاعَ عَلَيْهِ مَالَهُ»[(١)].

مَنْ ركبَتْهُ الديونُ لا يحبسه الحاكم بل يأمر ببيع ماله، فإنْ لم يبع لا يحجر عليه؛ بل يبيع الحاكم عليه ملكه إلاَّ أن يشاءَ الغرماءُ الحجْرَ، حتى لا ينوي تراجع[(*)] ماله، فيحجر عليه.

وإذا حجر عليه يستحبُّ أن يشهد على الحجر ليعلم الناس حالَهُ؛ فلا يعاملونه إلاَّ على بصيرة.

وقال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: لا يبيعُ الحاكِمُ ماله عليه، بل يأمره بالبيع إلاَّ الدراهم والدنانير، قال: يجوزُ أن يصرف أحدُهُمَا في الآخر، والحديثُ حُجَّةٌ عليه.

---

(١) أخرجه البيهقي (٦/ ٥٠)، كتاب التفليس: باب لا يؤاجر الحر في دين عليه من طريق ابن وهب عن يونس بن يزيد عن الزهري، أخبرني عبد الرحمن بن كعب أن معاذ بن جبل وهو أحد قومه من بني سلمة كثر دينه على عهد رسول الله ـ ﷺ ـ فلم يزد رسول الله ـ ﷺ ـ غرماءه على أن خلع لهم ماله. وأخرجه الدارقطني (٤/ ٢٣٠) كتاب البيوع، حديث (٩٥)؛ والبيهقي (٦/ ٤٨) كتاب التفليس: باب الحجر على المفلس وبيع ماله، من طريق هشام بن يوسف عن معمر عن الزهري عن ابن كعب بن مالك عن أبيه أن رسول الله ـ ﷺ ـ حجر على معاذ ماله وباعه بدين كان عليه.

وأخرجه البيهقي (٦/ ٤٨) كتاب التفليس: باب الحجر على المفلس وبيع ماله، من طريق الزهري عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك عن أبيه قال: كان معاذ بن جبل رجلاً حليماً سمحاً من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئاً فلم يزل يدان حتى أغرق ماله كله في الدين فأتى النبي ـ ﷺ ـ فكلم غرماءه فلو تركوا أحداً من أجل أحد لتركوا معاذاً من أجل رسول الله ـ ﷺ ـ فباع لهم رسول الله ـ ﷺ ـ ماله حتى قام معاذ بغير شيء.

وإذا أراد الحاكمُ بَيْعَ ماله ـ: يستحبُّ أن يبيع بحضرته، أو يحضره وكيله؛ لثلاث معانٍ: ليكون أبعد من التهمة، وليخبر بعيب إن كان به حتى لا يرد، وليخبر بما اشترى؛ فيكون المشتري أشَدَّ رغبةً في شرائِهِ، وكذلك في بيع الرَّهْنِ، ويقدِّم بيع المرهون في حَقِّ المرتهن وبَيْع العبد الجاني في حَقِّ المجنيِّ عليه؛ لتعجيل حَقِّ المرتهن والمجنيّ عليه من ثمنه، فإنْ فضل من شيء ضَمّ الفضل إلى سائر أمواله لسائر الغرماء، وإن بقي من دَيْن المرتهن شيء تحاصّ الغرماء فيه، هذا إذا رهن وسلّم قبل الحجر.

أما إذا رهن بعد الحجر، أو رهن قبل الحجر، وسلم بعده ـ: لم يصح، ويكون جميع الغرماء فيه سواء، ويبدأ ببيع ما يخافُ عليه الفساد من ماله مِنْ طعامٍ رطبٍ وشواء ونحوه، ثم يبيع الحيوان؛ لأنه يحتاج إلى النفقة، ويخشى عليه الهلاك، ويؤخّر بيع العقار والمساكن؛ فإنه لا يخشى عليه الهلاك والسرقة.

ويُباعُ كل شيء في سوقه؛ لأنَّ كل شيء يطلب في موضعه، ويجب أن يبيع بثمن المثلِ نقداً، فلو باع نسيئةً: لم يصحَّ، وإذا باع نقداً: لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن، فإن فعل ضمن، وما حصل من أثمان ماله إلى أن يقسمه يقرضه من مَلِيٍّ أمِينٍ، إن وجد، فإن لم يجدْ يقول للغرماء: ارتضوا بمن يوضع الأثمان على يَدَيْهِ فيمنْ ينادي على الأمتعة في السوق، فإن فعلوا؛ وإلاَّ يختار الحاكم أميناً لذلك الأمر، وفي الإيداع: يشرط الأمانة، ولا يشرط الملاءة[1]؛ بخلاف القرض: فيشرط فيه الأمانة والملاءة، ورزق المنادي والدلاّل من بيت المال؛ لأنَّه مالُ المصالح، وهم يقومون بمصالح المسلمين، فإنْ لم يكُنْ في بيت المالِ مالٌ، فمن مال المُفْلِس؛ وكذلك: أجرة الكَيَّال والوَزَّان والحَمَّال وكِرَاء البَيْتِ الذي يوضَعُ فيه مالُ المفلس مقدَّماً على سائر الغرماءِ؛ لأنه لتحصيل مال المفلس لحقِّ الغرماءِ، فلو لم يقدر لم يرغب أحدٌ في تحمُّل تلك المُؤنِ، وإن وجد الحاكم من يتطوَّع بشيء من ذلك لم يجز إعطاءُ الأجرة، وما تلف من ثمن مَتَاعٍ في يد الأمين ـ: فهو في ضمان المفلس، سواءٌ تلف في حياة المفلس أو بعد موته.

وعند أبي حنيفة: إنْ تلف بعد موته ـ: فمن ضمان الغرماء.

وإذا باع الحاكمُ مالَهُ في حياته أو بعد موته، وأخذ الثمن، وتلف، ثم خرج المبيع مستحقًّا ـ: يرجعُ المشتري بالثمن في مال المُفْلِس، ولا يكون الحاكم طريقاً فيه، ولو نصب الحاكم أميناً يبيعه، ثم خرج مستحقًّا بعد تلف الثمن، هل يكون الأمينُ طريقاً في الضَّمَانِ؟ فيه وجهان:

---

(١) كثرة المال، ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٨٨٢).

أصحهما: لا يكونُ طريقاً كالحاكم.

والثاني: يكون طريقاً؛ كالوصيِّ أو الوكيل بالبيع: يكونُ طريقاً في وجوب الضمانِ في مال الصبيِّ والموكل، ثم المشتري إذا رجع في مال المسلم أو الأمين: إذا جعلناه طريقاً وأخذ منه، هل يقدَّم حقُّه على سائر الغرماء؟ فيه قولان: قال في رواية المُزَنِيِّ: يقدَّم؛ لأنه مؤنة تحصيل ماله كأجرة الدَّلَّال والكيَّال.

وقال في رواية الرَّبيع: يضارب الغرماء؛ لأنه دَيْنٌ كسائر الديون.

ويباع على المفلس جميعُ أمواله حتَّى الخادم والمسكن الذي يحتاجُ إِلَيْهِ، وإن كان زمناً، ثم يسكن الرباط والمساجِدَ، وعلى الناس كفايته بخلاف الكفارة لا يُبَاعُ فيها الخادِمُ والمسكنُ الذي يحتاجُ إليه؛ لأنها حق الله تعالىٰ تجري فيه المسامحة، ولأن لها بدلاً، وهو الصَّوم.

ولا يجبُ قسمةُ كلِّ قليلٍ من الأثمان يحصلُ حتى يجتمعَ الكُلُّ، ويعرف الحاكم عَدَدَ الغرماء، ثم يقسمها، ويقف نصيبَ مَنْ كان منهم غائباً، وإن لم يفرغْ مِنْ بيع مالِهِ، إن لم يكنْ له كَسْبٌ ـ: يجبُ أن ينفقَ عليْه، وعلى عياله كفايتَهُمْ، وينفق على قريبه الذي يلزمُهُ نفقته؛ لأنَّه موسرٌ ما لم يزل ملكه إلى الغرماء؛ فيجب عليه نفقة القريب.

وإذا قسم ماله، يتركُ له قُوت يَوْمٍ وليلةٍ له ولعياله، ويُتْرَكُ له ثَوْبٌ يليقُ بحاله مِنْ قميصٍ وسراويلَ ومنديل ومُكَعَّب، إن كان في الشتاء فجبة معها ولعياله مثلها، وإن كان ذا مروءة يتعمَّم ويتطلَّس[١] ويتخفَّفُ: يترك له ذلك، وإن كان يلبس غَوَالي الثياب فوق عادة أمثالِهِ ـ: لا يترك ذلك، بل يتركُ ما يليق بحال أمثاله، وإن كان يقتِّر على نفسه، فيلبس دون عادة أمثاله ـ: فلا يزاد له عليه بعد الحجر.

ويباع عليه مركوبُهُ، وإن كان ذا مروءةٌ بخلاف ثياب البدن، ولا يتركُ له مُضَرَّبَة[٢] ولا مقرمة[٣].

وإذا قسم مال المفلس بَيْنَ الغرماء، وقضى دينه، هل يزول الحجر عنه؟ فيه وجهان:

---

(١) أي: لبس الطيلسان وهو ضرب من الأوشحة يُلبس على الكتف، أو يحيط بالبدن، خالٍ عن التفصيل والخياطة. أو هو ما يعرف في العامية المصرية بالشال. [فارسي معرب: تالسان أو تالشان]. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٥٦١).

(٢) كلُّ ما أُكْثِر تضريبُه بالخياطة أو كساء أو غطاء كاللحاف ذو طاقيْن مخيطين خياطة كثيرة بينهما قطن ونحوه. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٥٣٧).

(٣) سِتْرٌ فيه رَقْمٌ ونقوشٌ. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٧٣٠).

أحدهما: يزولُ؛ لأنَّ الحجْر عليه لحفْظِ المالِ على الغرماء، وقد قال ذلك المعنىٰ كالمجنون إذا أفاق.

والثاني: لا يزولُ حتَّى يفتك الحاكم الحجر؛ لأنَّه حجر ثَبَتَ بالحاكم؛ فلا يزول إلاَّ به كالحجر على المبذِّر.

وإذا قسم مال المفلس، ثم ظهر غريمٌ آخَرٌ يشاركهم بالحصَّة؛ مثل إن كان له غريمان، دَيْنُ كلٍّ واحد ألفٌ، ومال المفلس ألفٌ ـ: أخذ كل واحد خمسمائة، ثم ظهر غريمٌ ثالثٌ دينه ألف ـ: يأخذ من كل واحدٍ ثلث ما أخذ.

وإن كان واحد منهما أتلف ما أخذه، فإنْ كان موسراً، أخذ منه ثلثه، وإن كان معسراً ـ: فالغريم الذي ظهر له أن يأخذ من الأجرة نِصْفَ ما أخذ لأنَّهما في الاستحقاق سواءٌ، فما تلف يكونُ من حقِّهما جميعاً؛ كما لو تلف بعض مال المفلسِ قَبْلَ القسمة، ثم إذا أيسر الذي تلف عنده، فيترك له حصير، وإذا مات المُفلِسُ ـ: يُكَفَّنُ مِنْ رأسَ ماله، وهَلْ يكفَّن في ثلاثة أثواب، أم يكتفي بثوبٍ واحدٍ؟ فيه وجهان، وكذلك: حنوطه ومؤنة غسله ودفنه: يكون من رأسِ ماله بالمعروف، وكذلك: مَنْ مات من عَبِيدِهِ وأُمِّ وَلَدِهِ، وكذلك: كفن زوجته ومؤنة دفنها، إن أوجبنا على الزوج.

وإذا لم يكُن للمفلِسِ مالٌ ـ: لا يؤمر بالاكتساب لأجْلِ الغرماءِ، ولا يؤاجر نفسه، ويؤاجر عبيده، وهل يؤاجر أُمَّ ولده، في الدَّار الموقوفة عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يؤاجر؛ كما يؤاجر عبده القِنّ.

والثاني: لا يؤاجر؛ لأنه لا يقبل البَيْع؛ كما لا يؤاجر نفسه.

وقال عُمَر بْنُ عبد العزيز، وأحمد، وإسْحَاق: يُؤاجر نَفْس المفلس.

وقال مالكٌ ـ رحمة الله عليه ـ: إنْ كان كسوباً يؤمر بالكسب ـ: أخذ منه ثلث ما أخذ، وكان بينهما.

أمَّا إذا ظهر غريمٌ ثالثٌ، وظهر للمفلسِ مالٌ قديمٌ أو حادثٌ ـ: يدفع إلى الغرِيم الثالثِ مِنَ المالِ الذي ظَهَرَ بقَدْر ما أخذ الأوَّلان، ثم الباقي يجعلُ بينهم أثلاثاً، ولو كان الغريمُ الذي ظَهَر حَدَث بعد الحجر ـ: فلا يشارك الأولَيْن حتى لو ظهر مالٌ قديمٌ، وغريم حادثٌ بعد الحجر ـ: صرف المال القديم إلى الغرماء القديمة، فإنْ كان الغريمُ حادثاً، والمال ـ أيضاً ـ حادثٌ ـ: حصل باحتطاب أو احتشاشٍ بعد الحجر، قال الشيخ ـ رحمه الله ـ: أو استدانةٍ لوجود ركازٍ ـ: صرف ذلك إلى الغرماء القديمة والحادثةِ جميعاً.

وإذا أكرى رجُلٌ دارَهُ من رجلٍ سَنَةً، وقبض الأجرة، وتصرف فيها، ثم أفلس، وحجر

عليه، ثم انهدَمَتِ الدار في أثناء المدّة ـ: فالمكتري يرجع على المفلس بأجرة ما بقي، وهل يشارك الغرماء ـ نُظِرَ، إن انهدمت قبل قسمة المال بين الغرماء ـ: يشاركهم فيه، وإن انْهَدَمَتْ بعد قسمة المال، هل يشاركهم فيما اقتسموا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه دَيْنٌ ـ: وجب بعد القسمة؛ كما لو استقرض مالاً بعد القسمة.

والثَّاني: يشاركهم وهو الأصحُّ؛ لأنه دَيْنٌ وجبَ بسبب يستندُ إلى ما قبل الحجر، وهو الإجارة؛ فصار كما لو انهدمتِ الدَّارُ قبل القسمة، وليسَ كالقرض؛ لأنَّه لا مستند بثبوته إلى ما قبل الحجْرِ؛ بدليل أن المقرض لا يشاركُ الغرماء في المال قبل القسمة، والمكتري يشاركهم قبل القسمة، ويشاركهم بعدها.

فَصْلٌ في بيانِ دَعْوَى الوَرَثةِ

إذا مات رجلٌ، وعليه دَيْنٌ، فادَّعى وارثه من جهته على إنسان دَيْناً، وأقام شاهداً، وحَلَفَ معه ـ: ثبت الدين؛ ولو لم يحلف، هل للغريم أن يحلف؟ فيه قولان:

قال في الجديد ـ وهو الأصَحُّ ـ: لا يحلفُ؛ لأنَّ للغريم حقًّا في مال هو ثابتٌ للميِّت، فأما أن يثبت له مالاً بيمينه فلا؛ كما لو أوصىٰ له بشيءٍ، فمات قبل القبول، ولم يقبل وارثه: لا يصح قبول الغريم.

وفي القديم: له أن يحلفَ؛ لأنَّ له حقًّا في تركته كالوارث، وكذلك: لو لم يكن للوارثِ شاهداً، ونكل المدعى عليه عن اليمينِ، ولم يحلف الوارث، هل للغريم ـ أن يدعي؟ فعلى هذا الاختلاف: فإن قلنا: يحلف الغريمُ لا يحلف إلاَّ على قَدْرِ حقِّه.

أما المفلسُ إذا ادَّعى دَيْناً على إنسانٍ، وأقام شاهداً، ولم يحلف، ونكل المدعى عليه، ولم يحلف المفلسُ يمينَ الرَّدِّ ـ: فهل للغريم أن يحلف؟

اختلف أصحابُنا فيه:

منهم من قال: فيه قولان، كما في غرماء الميِّت، ومنهم من قال: غريمُ المفلسِ لا يحلفُ قولاً واحداً؛ لأنَّ الحقَّ ثَبتَ للمفلس، فامتناعُهُ عن اليمين يورث ريبة في ثبوتِهِ؛ فلم يكن للغريم أن يحلفَ، وفي غريم الميت: ثَبَتَ الحقُّ للميت، فهو لم يمتنعْ عن اليمين، والغريمُ والوارثُ سواءٌ في الاطلاع عليه، فلما جازَ للوارث أن يحلف ـ جَازَ للغريم، لأنهم غرماء الميت.

بَابُ حَبْسِ الْمُفْلِس

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

مَنْ ركبته الديونُ، وله مالٌ ـ: يأمره الحاكمُ بِبَيْعِ ماله، فإن لم يفعلْ ـ: باعَ عليه الحاكمُ، فإن كتم ماله ـ: حبسه[١] وعزَّره؛ حتى يُظْهِرَ ماله، ولصاحب الحقِّ ملازمته[٢].

---

(١) يرى أبو حنيفة أن المدين حر طليق لا سلطان لصاحب الحق عليه، غاية ما في الأمر أنه يحبس، وأن الحبس كل ما للغرماء عليه، فليس للحاكم إذاً خلع ماله وبيع عليه.

والمالكية، والشافعية، والحنابلة، ومن الحنفية أبو يوسف ومحمّد يرون حبسه على وجه التفصيل: ـ

وأهل الظاهر يرون أن المدين لا يحبس. ولمّا كان حبس المدين أثراً من آثار الحجر عليه ـ كان لزاماً عليّ أن أؤخر الكلام على هذا الموضوع إلى أن نتكلم على أثر الحجر.

والذي يعنينا الآن هو ذكر الأدلة التي استدل بها أبو حنيفة على أن المدين يحبس، وأنه ليس للحاكم بيع ماله، وأنه ليس للغرماء قبله شيء سوى الحبس، هذا هو الذي يعنينا الآن فأقول: ـ

استدل أبو حنيفة «أولاً» بما رواه عمرو بن الشريد، عن أبيه، عن النبي ـ ﷺ ـ، قال: «ليّ الواجد ظلم يحلّ عرضه وعقوبته».

«ووجه الدلالة» أن العقوبة إما بيع الحاكم ماله عليه، وإما الحبس وإما هما، ولا سبيل إلى الأخير، لأ ، فيه جمعا بين عقوبتين في شيء واحد، وهو ما لم يعهد، كما لا سبيل إلى الأول؛ لأن الأدلة قامت على أنه لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب من نفسه، فانحصرت العقوبة في الحبس. قال أحمد: قال وكيع في قول الرسول ـ ﷺ ـ: «يَحِلُّ عِرْضُه وعُقُوبَتُه» يحل شكايته وحبسه.

فالحديث دليل على حبس من كان قادراً على أداء الدين، فإنه واجد وليّ الواجد ظلم؛ ولكنه إذا امتنع عن ذلك حبس تأديباً له، وتشديداً عليه حتى يؤدي حقوق الغرماء.

ويرى المخالفون أن هذا الحديث مرسل؛ ولهذا لا يحتج به الشافعي؛ لأنه ليس من مراسيل سعيد بن المسيّب.

ويرى البخاري فيه أنه حديث معلّق، قال الطبراني في «الأوسط»؛ لا يروى عن الشريد إلا بهذا الإسناد تفرد به ابن أبي ليلى، ولو لم نذهب إلى هذا لكان لنا فيه دليل، فإن العقوبة تفسر بالحبس، وتفسر بالبيع، فإن المدين إذا كان له مال ظاهر وماطل فإنه يحبس، وإذا لم يماطل فإنه لا يحبس، بل يباع عليه ماله. والدليل على ذلك ما أسلفنا من الأدلة.

فدعوى انحصار العقوبة في الحبس غير سديد.

«ثانياً» أن رجلاً من جهينة أعتق شقصاً من عبد بينه وبين شريكه، فحبسه رسول الله ـ ﷺ ـ حتى باع غنيمة له، وضمن نصيب شريكه. والوجه لأبي حنيفة أن الرسول لم يحبسه إلا بعد تحقق يساره، فإن ضمان المعتق ليس إلاّ على الموسر، والرسول قد حبسه حتى باع ماله بنفسه، فعلمنا أن المدين ـ وهذه حالة ـ إنما يحبس فقط، ولا يباع عليه ماله، ولو كان بيع ماله مشروعاً لم يشتغل الرسول بحبسه؛ لما في ذلك من الإضرار بالغرماء؛ لتأخير حقوقهم، ولا معنى للمصير إليه مع تحقق الضرر مع إمكان غيره.

ونوقش هذا أولاً: بأنه مرسل؛ كما قال ابن حزم، ولا تقوم به حجة عند الشافعي، والظاهرية.

وثانياً: لو صح لم تقم فيه حجة عند أبي حنيفة، فإنه ليس فيه تصريح بأنه كان موسراً؛ فضلاً عن كونه ممتنعاً عن أداء الدين، بل هو يفيد أنه كان معسراً، وأنه ليس له ما يملك إلا نصيبه في الغنيمة والحبس على هذا قد يكون إمساكاً في المدينة لا إمساكاً في السجن على أن الحديث قد روي من طرق أخرى ليس فيها التصريح بالحبس؛ منها ما رواه أبو المليح، عن أبيه؛ أن رجلاً من قومنا أعتق شقصاً له من مملوكه =

. . . .

= فرفع ذلك إلى النبي ـ ﷺ ـ فجعل خلاصه عليه في ماله، وقال: «لَيْسَ لِلَّهِ عَزَّ وجَلَّ شريكٌ»، وفي لفظ: «هُوَ حُرٌّ كُلُّه، لَيْسَ لِلَّهِ شَرِيْكٌ».

فمن هذا الحديث يتبيّن أن الرسول ـ ﷺ ـ جعل خلاص العبد في مال معتقه، ولم يشتغل بحبسه؛ كما وجه استدلال أبي حنيفة، فاستدلاله بهذا الحديث غير ناهض.

«وأما القياس»، فقال فيه أبو حنيفة: جبر المدين على بيع ماله وفاء بحق الغرماء؛ كجبره على تأجير نفسه، وإعطاء كسبه للغرماء، وكجبر المرأة على النكاح لتدفع صداقها في الدين؛ لأن كلاً طريق يوصل إلى وفائه، وهما لا يجبران على ذلك.

ونقول: إنه قياسٌ مع الفارق فإن النكاح لم يعهد طريقاً لأداء الدين؛ كما لم يعهد ذلك في منافع الحر بخلاف الأموال، فإنها الطريق الطبيعي لذلك، على أن المدين الذي يحبس إنما هو الموسر لا المعسِر، ولا يقاس موسر على معسر لقيام الفارق بينهما بالإيسار والإعسار.

«وأمّا المعقول غير القياس»، فإن الحجر على المدين وبيع المال عليه قهراً عنه يستوجب سلب ولاية المال، على المدين، وإهداراً لآدميته، وهو حينئذ بالبهائم أشبه، وهو ضرر عظيم لا يرتكب لضرر أخف منه، وهو وفاء الدين؛ لأن ما بالذات أعظم مما في ذات اليد.

ولا يقال ذلك فيما نقول به من الحبس ضرورة أن الحبس إنما هو جبر له، وإلجاء إلى البيع، وبذلك تسلب ولاية المال عنه، وقد جاز للحاكم حبسه، فليجز له بيع ماله من غير فرق.

«لا يقال هذا»؛ لأن الحبس إنما شُرع رفعاً لظلم المماطلة، وليس البيع بمتعين طريقاً لوفاء الدين، حتى يكون الحبس سلباً للولاية، فإن له أن يوفي دينه بالاستقراض، أو الاتهاب، أو أي طريق آخر.

«وذلك لا ينهض» فإن أبا حنيفة نفسه أجاز للحاكم قضاء أحد النقدين بدل الآخر، ولو لم يرض بذلك المدين، فلم يطرد ذلك المعقول حتى عند المستدل به.

ينظر: نص كلام شيخنا سليمان رمضان عثمان في نظام الحجر، وينظر نيل الأوطار (٥/ ٢٤٠)، والمحلى (٨/ ١٧٠).

(٢) «إحاطة الديْن بمال المَدِين»:

«قال المالكية» إن للمدين الذي لم يزد ماله على الدين ثلاث حالات:

١ ـ إحاطة الدين بمال المدين.

٢ ـ قيام الغرماء على المدين وهو المسمى عندهم التفليس بالمعنى الأعم.

٣ ـ حكم الحاكم بخلع مال المدين لغرمائه، وهو المسمى عندهم «الخلع» الأخص.

«أما الحالة الأولى» فقد قال فيها المالكية: إذا كان مال المدين قد استغرقه الدين بأن ساواه، أو زاد عليه، فإن الشريعة الإسلامية تتدخل حينئذٍ لحق الدائنين، فتمنعه من كل تصرف لا معاوضته فيها لمكان التهمة؛ إذ قد يقصد به إضاعة الحقوق على أربابها، وكذلك من معاوضة قد يقصد منها ذلك؛ مثل أن يحابي في البيع، فليس له أن يهب، ولا أن يقف، ولا أن يعتق، ولا أن يضمن، ولا أن يقر بدين لمن يتهم عليه؛ كالزوجة الودود، والولد البار، والصديق الملاطف.

أمّا المعاوضات التي يقصد منها التجر، والربح فهو غير ممنوع منها، فله أن يبيع ويشتري، وله الكراء والاكتراء. =

. . . .

= وإنما منع من الأولى؛ لأنها تبرعات لا نفع فيها للدائنين، وإنما فيها الإضرار بهم عن قصد، أو عن غير قصد. ولم يمنع من الثانية؛ لأن المعنى لم يكن متحققاً، بل ربما كان فيها ربح وكسب، فلو اتجر فربح، أو باع ما يساوي عشرة باثني عشر لم يكن ممنوعاً؛ ولذلك لو عاد تصرفه بطريق المعاوضة بضد هذا القرض ـ كان ممنوعاً منه، مثل أن يتخذ البيع، أو الشراء ذريعة إلى التبرعات فيحابي فيما باع أو اشترى، ولم تمنعه الشريعة من أداء ما وجب عليه، أو ندب في حقه، فعليه الإنفاق على زوجته، وأبويه المعسرين الفقيرين، وأولاده الصغار، وله شراء أضحية، ونفقة عيدين، غير سرف في ذلك كله.

وكذلك لم تمنعه من الإقرار بدين لمن لا يتهم عليه.

وأمّا الثانية: فالمدين فيها ممنوع من كل تصرف، كان فيه معاوضة أو لم يكن، فليس له بيع ولا شراء، ولا صدقة، وما إلى ذلك. وهاتان الحالتان قد انفرد بهما المالكية من بين سائر الفقهاء.

وذهب أبو حنيفة، وأحمد، والشافعي إلى أن المدين في هاتين الحالتين كسائر الناس يجوز له التصرف بمعاوضة، وغير معاوضة.

«والوجه لمالك» أن الحجر على المدين إنما كان لحق الغرماء، وقد أحاط الدين بماله، وقد يعود تصرفه في هاتين الحالتين بضرر عليهم، وهو ينافي المعنى الذي شرع الحجر من أجله، ولو أطلق للمدين هذا الحق، وكان كسائر الناس لاستطاع أن يأتي على كل ماله، حتى إذا طلب الغرماء الحجر عليه من الحاكم لم يجدوا شيئاً، أو بعبارة أخرى: لم يجد الحاكم شيئاً يحجر عليه فيه؛ فلذلك قالوا بمنعه على الوجه الذي أسلفنا، والرسول ـ ﷺ ـ يقول: «لا ضَرَر ولا ضِرَار».

«والوجه لغيرهم» أن الأصلَ في التصرفات أن تكون ماضية نافذة متى صدرت من أهلها في محلها، ولا شيء يمنع من ذلك في الحالين، وليس في هاتين الحالتين مانع إلا إحاطة الدين، أو قيام الغرماء، ولا يصلح ذلك مانعاً، وما دام الشّارع قد جعل الحجر من الحاكم، وهو لم يحكم ـ فليس ذلك لأحد غيره من الغرماء. ولعلّ ما ذهب إليه المالكية أولى، ولا سيما في هذا العصر الذي التوت فيه أخلاق الناس، واستباحوا أكل أموال الناس بعضهم بعضاً بالباطل، فلو أبيح له أن يبعثر ماله ذات اليمين وذات الشمال، وينفق طوراً في الهبة، وطوراً في الصدقة، وما إلى ذلك ـ لضاعت الأموال على أصحابها، وبالتالي إذا عرف الناس ذلك كان لهم مبرراً في الشح بمالهم بما في ذات أيديهم.

وقال الناس قديماً: الأخذ سُرَّيطي والعطاء ضُرَّيطي ـ يتعامل الناس في غير جلبة ولا ضوضاء، بل أكثر من ذلك أنه قد يصل الأمر بهم إلى السرّ والخفاء فيه، حتى إذا كان القضاءُ كان الإعلاق، وكانت المواعدة، وكانت المخاصمة، وكان الرفع إلى القضاء، ليس ذلك فحسب، بل هو يعمل كل جهد في تهريب ماله بشتى الوسائل.

«الحالة الثالثة» وهي فيما إذا رفع الغرماء الأمر إلى الحاكم وطلبوا منه الحجر على المدين، فهل للحاكم في هذه الحالة خلع ماله عنه ويبيعه عليه، وقسم ثمنه بين الغرماء؟ أو ليس له ذلك، بل يحبسه حتى يعين طريق وفاء الدين؟

«إلى الرأي الأول» ذهب مالك، والشافعي، والحنابلة، وأهل الظاهر، وأبو يوسف، ومحمّد بن الحنفية.

«وإلى الرأي الثاني» ذهب أبو حنيفة، وزيد بن علي من الشيعة. وقد استدل الأولون مالك، ومن معه. =

. . . .

= «أولاً» بما رواه عبد الرحمن بن كعب قال: كان معاذ بن جبل شابًا سخيّاً، وكان لا يمسك شيئاً من ماله، فلم يزل يدّان، حتى أغرق ماله كله في الدين، فأتى النبي - ﷺ - فكلمه ليكلم غرماءه، فلو تركوا لأحد لتركوا لمعاذ لأجل الرسول عليه الصلاة والسلام، فباع الرسول ماله عليه، وقسم ثمنه بين غرمائه، حتى قام معاذ بغير شيء، وفي رواية الدارقطني حجر رسول الله - ﷺ - على معاذ ماله، وباعه عليه».

«ووجه الدلالة» أن الرسول - عليه الصلاة والسلام -: تولى البيع بنفسه، ولم يتركه لمعاذ، وقسم الثمن بين الغرماء، فكان ذلك صريحاً في أن المدين يحجر عليه، ويباع عليه ماله، ولا أدل على ذلك من قوله: باع عليه، بل الرواية الأخرى صرحت بالحجر.

وقد قال في ذلك أبو حنيفة: إن الرسول تولى ذلك؛ لأن معاذاً سأله، ألا ترى إلى قوله: «فكلمه ليكلم الغرماء»، والسبب فيه أن ماله لم يكن وافياً بدينه، فإن توسيط الرسول لذلك عسى أن ينال من بركة الرسول ما به يكون وافياً، أو أن ينزل الغرماء عن شيء مما لهم قبله، ومعاذ كان سمحاً جواداً لا يمسك مالاً، ولا يظن بصحابي مثله أن يأبى إنصاف الغرماء حتى يطلبوا من الرسول الحجر عليه، وذلك ليس في الحديث، بل فيه العكس فإن معاذاً هو الذي ذهب إلى الرسول - ﷺ - وطلب منه ذلك.

«والمخالفون» يقولون بحجر الحاكم؛ إذا قام الغرماء بذلك، وهو ما لم يكن في الحديث فلا حجر، وإنما كان الرسول كوكيل عن معاذ في بيع ماله، وليس الوكيل وليّاً.

وهذه المناقشة مردودة لوجوه: -

١ - أن الرواية الأخرى فيها تصريح بالحجر على ما رواه الدارقطني، وليس للحجر معنى غير منع الحاكم المدين عن التصرف في ماله، وبيعه عليه بعد الحكم بخلعه عنه، وهو وجه عام.

٢ - إن استقام ذلك بالنظر إلى أبي يوسف، ومحمد، فإنهما لا يقولون بالحجر إلا بعد طلب الغرماء وإباء المدين، فلن يستقيم عند المالكية، والشافعية، والحنابلة؛ فإنهم لم يشرطوا أن يمتنع المدين عن إنصاف الغرماء، وإنما كل ما قالوه هو أنه يستحب للحاكم إحضاره للبيع؛ ليكون أقطع لحجته.

«ثانياً» بما رواه أبو سعيد الخدري - رضي الله عنه - أن رجلاً أصيب على عهد الرسول - ﷺ - في تمر ابتاعها، فكثر دينه، فقال النبي - ﷺ -: «تَصَدَّقُوا عليْهِ»، فتصدق الناس عليه؛ فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه، فقال الرسول - ﷺ - لهم: «خذوا ما وجدتم، فليس لكم إلاّ ذلك».

«ووجه الدلالة فيه» أن الرسول - ﷺ - قسم ما جمع من الصدقة بين الغرماء، وتولى ذلك بنفسه، ولم يكله إلى المدين، ولو كان له ذلك لقال له الرسول: «خذ ما جمع لك من الصدقة، فاقض به دينك»، فكان الحديث دالاً على منع تصرف المدين في ماله، وما ذلك إلاّ الحجر.

غير أنه ممّا يشكل في الحديث قول الرسول - ﷺ -: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ، فَلَيْسَ لَكُمْ إلاَّ ذَلِكَ»، فإن القائلين بالحجر يقولون: إن ذمة المدين مشغولة بالدين ما بقي منه شيء، حتى إذا تجدد له مال قضى لهم منه، فإن هم حملوا قول الرسول: «فَلَيْسَ لَكُمْ إلاَّ ذَلِكَ»، أي: الآن، فربما كان ذلك جواباً لهم.

«وللمخالف أن يقول»: إن الحديث لا يدل على المطلوب لوجهين:

«الأول» أن المدينَ في الحديث لم يكن له مال حتى يحجر عليه فيه، ويباع عليه؛ ولهذا طلب الرسول التصدق عليه؛ كما يفيده قول الرسول - ﷺ -: «تَصَدَّقوا عَلَيْهِ»، فلا يدل على الحجر.

«الثاني»: لو سلم أنه ملك الصدقة؛ وأصبح ذا مال - فليس في الحديث ما يدل على الحجر؛ إذ ليس فيه =

. . . .

= إلا قول الرسول للغرماء: «خُذُوا مَا وَجَدْتُم»، وهذه عبارة لا تفيد الحجر، لا تصريحاً ولا تلميحاً؛ وذلك لأن قول الرسول للغرماء: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ» إنما كان رفقاً بحال المدين؛ إذ كان معسراً.

«ويمكن أن يجاب عن **الأول**» بأنه انتقل من الإعسار إلى الإيسار، وأنه أصبح مالكاً لهذا المال الذي جمع له من الصدقة، فكان بذلك موسراً.

«**وعن الثاني**» بأنه متى سلم أنه أصبح مالكاً، وهذا المالك لم يتصرف فيما ملك، وإنما الذي تصرف عنه الرسول ـ ﷺ ـ فهو ممنوع إذاً من التصرف فيه، وهل الحجر شيء غير هذا؟

«**ثالثاً**» بما روي أن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ خطب ذات يوم فقال: «**أيها الناس، إياكم** والدَّين، فإن أوله هم وآخره خرق، وأن أسيفع جهنية قد رضي من دينه وأمانته أن يقال: سبق الحاج فادَّان معرضاً، فأصبح وقد دين به، ألا وإني بائع عليه ماله، فقاسم ثمنه بين غرمائه، فمن كان له عليه دين فليغد إليّ في الغداة».

ومعناه أن أسيفع جهنية كان يشتري الرواحل السريعة التي يسبق بها الحجيج، واستدان في ذلك معرضاً، غير مبالٍ عاقبة ذلك، حتى أصبح وقد ركبته الديون، ووقع فيما لا يستطيع الخروج منه.

«**ووجه الدلالة في هذا الأثر**» أن عمر صرَّح بأنه يبيع عليه ماله، ويقسّمه بين غرمائه، وطلب إلى الغرماء أن يغدوا إليه؛ ليستوفي كل منهم دينه، وكان ذلك من عمر خطاباً عامّاً للمسلمين، ولم ينكروا عليه، ولو أنكر لنقل الإنكار، كما نقل ما كان محلاً للإنكار، فكان الحجر أمراً معروفاً.

وللمخالف أن يقول: إنه ليس في هذا الأثر أن الغرماء رفعوا الأمر إلى عمر، وطلبوا الحجر عليه، فكيف يكون الحجر؟ وإنما الذي فيه أن عمر هو الذي أمرهم أن يغدوا إليه، وإنما يكون الحجر، إذا طلبوه، فكان بيع عمر مال أسيفع باختياره ورضاه، على أن المشهور في قصته أسيفع أن عمر قال: إني قاسم ماله بين غرمائه، وليس فيها: إني بائع عليه، فيحمل على أن ماله كان من جنس الدين.

ولنا أن نقول: من أين علم عمرُ دينَهُ؟ في أقرب سبب لذلك هو طلب الغرماء، وإذا استقام ذلك وجهاً، لم يكن هناك ما يمنعه، والتصريح بأنه بائع عليه ماله صريح في منعه منه فإن التعبير بعلى يفيد الاستعلاء بالقوة والسلطان.

«**رابعاً**» بالقياس فقالوا: المدين كالمريض، والمعنى الجامع بينهما أن كلا منهما قد تعلق بماله حق الغير، وقد حجر على المريض لحق الورثة، فأولى أن يحجر على المدين لحق الغرماء؛ ضرورة أن ذمته مشغولة بما لهم، ولكنها غير مشغولة بشيء للورثة.

وللحنفية مناقشة في القياس بأنه قياس في الأسباب وهو غير صحيح؛ لأنه المناسب المرسل، وهو لا يصح القياس عليه.

ويمكن دفع هذه المناقشة بأنه وإن كان قياساً في الأسباب إلا أنه ذكر على سبيل الاستئناس، فإن الدال على ثبوت الحجر على المدين الأدلة المتقدمة من المنقول، وإنما يصح قولكم إنه قياس في الأسباب أن لو كان الدالُّ على ثبوت الحجر على المدين القياس فقط.

«**فإن قيل**: لم ذكر القياس مع أنه ليس مثبتاً للحجر على المدين بطريق الأصالة»؟

«**قلنا**»: إن الغرض من الدليل أمران: ـ

١ ـ إثبات دعوى المستدل.

. . . .

= ٢ ـ الرد على الخصم، وهذا القياس يثبت دعوى المستدل، أما رد دعوى المخالف، فقد تكفل بردها الأدلة المتقدمة غير القياسي.

«أدلة أبي حنيفة»:

إن أبا حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: لا يحجر على المدين بسب الدين، ومن ثم لم يكن للحاكم أن يبيع عليه ماله، واستدل لذلك بالكتاب، والسنة، والمعقول، والمعقول: قياس، وغير قياس.

«أما الكتاب» فقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بالْبَاطِلِ إلاَّ أنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ. . .﴾ الآية.

«ووجه الدلالة»: أن الله تعالى نهى عن أَكْلِ أموالِ الناس إلا عن رضا، وبيع المال على المدين بدون رضاه. فيكون منهيًّا عنه فيما نهى الله فلا يحل أكله. والمنهي عنه لا يكون سبباً للحجر، فالحجر على المدين منهي عنه.

«ولنا أن نقول»: إن هذه الآية خصت قطعاً بالصغير والمجنون؛ لانعدام أصل الرضا في الثاني. ولانعدام الرضا الكامل في الأول، وإذا صح هذا فليس ثمة ما يمنع من تخصيصها بالمدين أيضاً، ودليل التخصيص ما قدمنا من الأدلة الدالة على الحجر على المدين، على أن أبا حنيفة نفسه يخص الآية بالشفعة، فإن الشفيع يأخذ الشقص، لا عن رضا من المشتري، فما يقوله في الشفيع نقوله نحن في المدين.

على أنه يمكن أن يقال: إن منع المدين من التصرف في ماله، وبيعه عليه، وقضاء دينه منه ـ ليس مما نهى الله عنه، وليس أكلاً لأموال الناس بالباطل، وإنما هو بالحق، ومتى كانت توفية الحقوق باطلاً؟! فالآية ليست في محل النزاع.

«وأما السنة» فأولاً ـ قوله ـ ﷺ ـ: «لا يَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إلاَّ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْه».

«ووجه الدلالة» أن نفس المدين لا تطيب ببيع الحاكم المال عليه بدون رضاه، فهو إذاً منهي عنه، ولا يكون المنهي عنه سبباً للحجر، فإن المنهي عنه لا يكون مشروعاً. وما يقال نقضاً في استدلاله بالآية ـ يقال نقضاً في استدلاله بالحديث.

«وثانياً» بحديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه بأحد، فلمّا طلبه الغرماء قال جابر: فأتيت النبي ـ ﷺ ـ فكلمته، فسألهم أن يقبلوا مني حائطي، ويحللوا أبي، فأبوا فلم يعطهم الرسول حائطي، قال: ولكن سأغدو عليك، فغدا علينا حين أصبح، فطاف بالنخل، فدعا في ثمرها بالبركة، فجذذتها، فقضيت منها حقوقهم، وبقي من ثمرها بقية».

«ووجه الدلالة» أن الرسول لم يحجر على جابر، ولم يبع عليه ماله ،ولو كان الحجر بالدين مشروعاً لحجر عليه، وإنما تركه حتى قضى دين أبيه بنفسه، وفي الحديث ما ينتقض به الاستدلال، فإن قول جابر: «فسألهم أن يقبلوا مني حائطي» يكاد يكون صريحاً في أنه كان ولا يزال ملكاً لجابر، لم ينتقل إليه ميراثاً عن أبيه، ودين الميت إنما يلزم في تركته، وهو لم يترك شيئاً، فكان ذلك خالص تبرع من جابر، ولا يكون حجراً مع التبرع.

«وثالثاً» بأنه قد مات أسيد بن الحضير وعليه عشرة آلاف درهم، فدعا عمر بن الخطاب غرماءه، فقبلهم = أرضه أربع سنين بما لهم عليه من دين.

قال النبيّ ـ ﷺ ـ: «لَيُّ[(١)] الوَاجِدِ[(٢)] يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعَقُوبَتَهُ»[(٣)] قوله: «عِرْضَهُ» يعني: يقول له: يا ظَالِمُ، يا مَانِعَ الحقِّ، ونحوه، وأراد بالعقوبة: الحبس.

فإن أدعَى تلَفَ ماله، لم يقبل إلاَّ ببيِّنة، إن لم يصدِّقه الغرماء، ولا يحلف مع البيِّنة، ولا يشترطُ أن تكون البينة من أهْلِ الخبرة الباطنة؛ لأنَّ هلاك المال يكون ظاهراً يطلع عليه، وإن لم يكنْ له بيِّنَةٌ له تحليفُ الغرماء؛ لأنَّهم لا يعلمون تَلَفَ ماله.

وإن أدّعى الإعسار ـ نُظِرَ: إن لزمه ذلك الدين بعوض من ابتياع أو استقراض ـ: لا

= «والوجه في ذلك»؛ أن عمر أعطى الغرماء الأرض أربع سنين ينتفعون بها فيما لهم من دين، ولم يبع عمر الأرض قضاء لدينه، ولو كان الحجرُ بالدين مشروعاً ـ لباع عمر عليه أرضه، وقضى هو ديونهم.

ولكن يقال في هذا الاستدلال:

١ ـ إن هذا الدليل في غير محل النزاع؛ لأن أسيداً ميت، ولا حجر على ميت.

٢ ـ وتجاوز ذلك إلى أن نقول: إن عمر منع الورثة من الانتفاع بالأرض، وذممهم لم تشغل بالدين، فدل على أن المنع مع شغل الذمة أولى.

وإلى هنا يمكننا أن نقول: إن أدلة أبي حنيفة لم تقم على عدم الحجر، وبالتالي لم تثبت أن المدين لا يباع عليه ماله، وكانت أدلة الجمهور ناهضة قوية.

ينظر: نص كلام شيخنا سليمان رمضان عثمان في نظام الحجر، وينظر: بداية المجتهد (٢/ ٢٤٠)، سبل السلام (٣/ ٤٤)، الزيلعي (٥/ ١٩٩)، نيل الأوطار (٥/ ٢٤١).

(١) ليُّ:

لوى عليه ليّاً ولَوْياً: عطف أو انتظر، لوى فلاناً دينه وبدينه ليًا، ولِيًّا، ولِيَّاناً: مطله. ينظر: المعجم الوسيط (٢/٨٤٨).

(٢) الوَاجِدُ:

وَجَدَ فلان وُجْداً وِجْدَةً: صار ذا مال. ينظر: المعجم الوسيط (٢/١٠١٣).

(٣) أخرجه أحمد (٤/ ٣٨٨)؛ وأبو داود (٤/ ٤٥) كتاب الأقضية: باب الحبس في الدين، حديث (٣٦٢٨)؛ والنسائي (٧/ ٣١٦) كتاب البيوع: باب مطل الغني وابن ماجه (٢/ ٨١١)، كتاب الصدقات: باب الحبس في الدين والملازمة، حديث (٢٤٢٧)؛ والبخاري في «التاريخ الكبير» (٤/ ٢٦)؛ وابن أبي شيبة (٧/ ٧٩)؛ وابن حبان (١١٦٤ ـ موارد)؛ والطحاوي في «مشكل الآثار» (١/ ٤١٣)؛ والحاكم (٤/ ١٠٢)؛ والبيهقي (٦/ ٥١)، كتاب التفليس: باب حبس من عليه الدين والطبراني في «الكبير» (٧/ ٣١٨)، رقم (٧٢٤٩، ٧٢٥٠)، كلهم من طريق وبر بن أبي دليلة ثنا محمد بن ميمون بن مسيكة عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن رسول الله ـ ﷺ ـ قال: «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته». وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي وصححه ابن حبان. والحديث ذكره البخاري تعليقاً (٥/ ٧٥)، كتاب الاستقراض: باب لصاحب الحق مقال.

قال الحافظ في الفتح (٥/ ٧٦): والحديث المذكور وصله أحمد وإسحاق في مسنديهما وأبو داود والنسائي من حديث عمرو بن الشريد بن أوس الثقفي عن أبيه بلفظه وإسناده حسن.

وذكر الطبراني أنه لا يروى إلا بهذا الإسناد.

يقبل قوله إلا ببيِّنة تقومُ على هلاكه، فإن لم يكُنْ له بيِّنةٌ ـ: له تحليف الغرماء؛ أنهم لا يعلمون تلف ماله.

وإن ادَّعى الإعسار ـ نُظِرَ: إن لزمه ذلك الدَّيْنُ بعوض من ابتياعٍ أو استقراضٍ ـ: لا يقبل قوله، إلاَّ ببيِّنة تَقُومُ على هلاكه، فإن لم يكنْ له بيِّنة ـ: له تحليف الغرماء؛ أنهم لا يعلمون إعساره، وإن لزمه بغير عوض مِنْ ضمان أو أرشِ جنايةٍ أو صداقِ امرأةٍ ـ: يقبلُ قوله؛ أنه مُعْسِرٌ، ويحلف عليه، فإن كانت البينةُ على إعساره ـ: تسمع.

ويشترطُ أن تكون البينة من أهل الخبرة الباطنة؛ لأنه قد يكون له مالٌ في الباطن ولا يعرف حاله إلاَّ أهل الخبرة: يشهدون أنه معسرٌ لا يملكُ إلاَّ ثياب بدنِهِ وقوتَ يومِهِ، ولا يشترطُ أن يقولوا: هو مِنْ أهْلِ الصدقة، ولو قالوا، لا يضُرُّ.

وقال مالك ـ رحمة الله عليه ـ: لا تسمعُ الشهادة على الإعسار؛ لأنه شهادة على النَّفيْ.

قلنا: الشهادةُ على النفي، إنما لا تسمعُ إذا لم يغلب على الظنِّ صِدْق الشهود، فإنْ غلب يسمع؛ كما إذا شهد أنه وارث فلان لا يعرف له وارثاً سواه، فإذا أقام البيِّنة على الإعسار، هل يحلفُ مع البينة؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يحلفُ وجوباً بعد إقامة البيِّنة؛ كما إذا ادَّعى ملكاً، وأقام بيِّنةً: لا يحلفُ معها، ولو حلفَ احتياطاً استحساناً ـ: يجوز، إذا قال صاحب الحق: إنه يعلم إعساري.

والثاني ـ وهو الأصح ـ: يحلف؛ لأنه يجوزُ أن يكُونَ له مالٌ في الباطِنِ لا يطلعُ عليه الشهودُ، فإنْ لم يكنْ له بيِّنةٌ، ولم يحلفْ على إعساره أو أقام بيِّنة، وقلنا: يحلفُ معها وجوباً، فلم يحلف ـ: حُبِسَ.

وإن قلنا: لا يحلفُ مع البيِّنة، أو قلنا: يحلفُ فحلَفَ ـ: يخلَّىٰ سبيله، وإذا خلَّيْنا سبيله ـ: لم يكنْ للغرماءِ ملازمته؛ لأنَّه لا يعامله الناس مع ملازمته الغرماء ـ: فلا يحصل له ما يؤدِّي ديونه.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: للغرماء ملازمته.

وعنه رواية أخرى: أنه بعدما أقامَ البينة على الإعسار أو هلاكِ المال ـ: يحبس شهراً.

ومنهم من يقول: يُحْبَسُ حتى يضجر، فيظهر مالاً إن كان له، والله يقول: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]؛ أمر بإنظار المعسر؛ فَدلَّ أنه لا يجوزُ ملازمته ولا حبسه.

وعندنا: إذا لم تَقُم البينةُ على إعساره، وحلف الغرماءُ أنهم لا يعلمون إعساره،

وحبسناه ـ: فلا غاية لحبسه أكثرُ من انكشاف حاله عند الحاكم، ولا يغفل عن المساءلة عن حاله في الحبس، فادّعى بعد الحَبْس أنه قد صحَّ عند الغرماء إعساري ـ: له تحليفه ثانياً، وثالثاً، هكذا حتى يمضي زمان، وإذا خلّى سبيله، هل ينفك الحجر عنه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا ينفكُّ عنه؛ لأنه كان سبب المال، وظهر أن لا مال له.

والثاني: لا ينفكُّ حتَّى يرفعه الحاكم الذي حجر عليه، فإذا قلنا: ينفكُّ إذا استفاد مالاً له أن يتصرَّف ما لم يحدثِ الحاكمُ عليه حَجْراً.

فإن قلنا: لا ينفكُّ ـ فليس له أن يتصرَّف بما يستفيدُ، فلو ادَّعى الغرماءُ بعدما خلَّى سبيله: أنه قد استفاد مالاً ـ سُئلَ ـ: فإن أنكر، فالقَول قوله مع يمينه، وعلى الغرماء إقامةُ البيِّنة.

ولو شهد شاهدان؛ أنَّا رأينا في يده مالاً يتصرَّفُ فيه ـ: أخذ ذلك الغرماء، وإنْ أقرَّ بأنهم رأوْا مالاً في يده أو شهد عليه الشهودُ، فقال: إنه لفلانٍ أخذته مضاربةَ أو أدعيته ـ: كان لفلان إذا ادّعاه، ولا حَقَّ للغرماء فيه، وإنْ أنكر فلانٌ: أن يكون له ـ: صُرفَ إلى الغرماء، وإن قال: هو لفلانٍ الغائبِ ـ: وقف حتى يحضر فلان، فإن ادَّعاهُ له؛ وإلاَّ صُرفَ إلى الغرماء، وهل يحبس الأبوان بدين الولد؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا يحبسان بشيءٍ من ديون الولد؛ نفقةً كانت أو غيرها؛ لأن الحَبْس عقوبةٌ، ولا يتعاقب الوالد بالولد.

والثاني: يُحْبَسُ؛ لأنَّه يجبُ عليه الأداء، ويؤمر أن يعمل، ويكتسب نفقته.

وقال أبو حنيفة: لا يحبسُ إلاَّ في نفقة الولد، إن كان صغيراً أو زَمِناً.

فَصْلٌ فِي سَفَرِ المَدْيُونِ

إذا أراد المديون السفرَ ـ نظر: إن كان الدَّيْن حالاً ـ فلربِّ الدَّيْن منعه حَتَّى يقضي الدين، وإن كان الدَّيْن مؤجَّلاً ـ نظر: إن كان السفر مَخُوفاً ـ لم يكنْ له منعه، ولا مطالبته برهن ولا كفيلٍ، وإن لم يكنْ بَقِيَ من الأجَلِ إلاَّ قليلٌ، ويتحقَّق انقضاؤهُ قبل عَوْدِهِ؛ لأنه ضَيَّع حَظَّ نفسِهِ، حَيْثُ أجَّلَ، ولم يشترط رهناً ولا كفيلاً.

وقال مالكٌ ـ رحمة الله عليه ـ: إن كان يعلَمُ حلولَ الأجَلِ قبل رجوعِهِ ـ له منعه حتَّى يعطيه كفيلاً، وإن كان السفر مَخُوفاً من جهادٍ أو ركوبِ بَحْرٍ، فهل لربِّ الدَّيْن منعه؟ فيه وجهان:

أصحهما: ليس له منعه؛ لأنَّه لا يملكُ المطالبة به في الحال.

والثاني: له منعه؛ لأن الغالب من أمر هذا السفر الهلاك؛ فيضيع حَقّ صاحب الحق.

وقيل: في السفر المخوف: إن لم يخلفْ وفاءً ـ له منعه، وإن خلف ـ فوجهان.

كتابُ الحَجْرِ(١)

قَالَ اللَّهُ تَعَالىٰ: ﴿وَابْتَلُوا اليَتَامَىٰ حَتَّى إذا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

وقَالَ جَلَّ ذِكْرُهُ: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الحقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

---

(١) حجره يحجره حَجْراً مثلثة، وحُجْراناً بالضم والكسر: منعه. وحجر عليه القاضي في ماله: منعه من أن يتصرّف فيه، ويفسده، فهو حاجر، وذاك مَحْجُور عليه.
واحتجر الأرض عن غيره: ضرب عليها مناراً وعلماً في حدودها ليحرزها، ويمنعها به عن الغير.
والحجر مصدر بمعنى المَنْع مطلقاً، والحِجْر بالكسر حُضْنُ الإنسان، وهو ما دون إبطه إلى الكَشْح، ويقال: نشأ فلان في حجر فلان، أي: في كَنَفِهِ ومَنَعَتِهِ وحفظه وسَتْرِه. والحِجْر أيضاً: الحرام؛ يقال: هذا حجر عليك، أي حرام، وفي سورة الفرقان: ﴿يوم يَرَوْنَ الملائكة لا بُشْرىٰ يومئذ للمجرمين ويقولون حجراً محجوراً﴾ أي: حراماً محرَّماً، والمعنى: أن الذين كانوا لا يرجون لقاء الله في الدنيا يقولون للملائكة الذين وكلوا بتعذيبهم يوم القيامة: حَرَامٌ عليكم تعذيبُنا، ظانين أن ذلك ينفعهم، كما كانوا يقولون ذلك في الأشهر الحرم التي حُرِّمَ فيها سَفْكُ الدِّماءِ.
والحِجْر أيضاً: العَقْلُ، ومنه قوله تعالى في سورة الفجر: ﴿هل في ذلك قَسَمٌ لذي حِجْرٍ﴾: أي لذي عَقْلٍ، وسمّي العقل كذلك؛ لأنه يمنع صَاحِبَهُ عن القبائح.
انظر الصحاح (٢/ ٦٢٣)، والمصباح المنير (١/ ١٩٠)، لسان العرب (٢/ ٧٨٢ ـ ٧٨٤).
واصطلاحاً:
وعرفه الحنفيَّةُ بأنه: مَنْعُ نَفَاذِ تَصَرُّفِ قولي.
وعرفه الشافعية بأنه: المَنْعُ من التَّصَرُّفاتِ المالية.
وعرفه المالكية بأنه: صفة حكمية تُوجِبُ مَنْع موصوفها من نفوذ تصرُّفه، فيما زاد على قوته، كما توجب مَنْعَهُ من نفوذ تصرُّفه، في تبرعه بزائد على ثلث مالِهِ.
وعرفه الحنابلة بأنه: مَنْعُ الإنسان من التصرُّف في ماله. =

. . . .

= انظر: حاشية ابن عابدين (٥/٨٩)، مجمع الأنهر (٢/٤٣٧)، المهذب للشيرازي (١/٣٢٨)، نهاية المحتاج (٤/٣٥٣)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٢٩٢)، أسهل المدارك (٣/٣)، كشاف القناع (٣/ ٤١٦ ـ ٤١٧)، الإقناع (٢/ ٢٦).

وتتلخص حكمة مشروعية الحجر في أن الشريعة الإسلامية إما أمر، وإمّا نَهْيٌ وكلاهما يُخَفِّفُ مصلحة العبد، فهي إن أمرت فذلك الأمر إنما هو لمَصْلَحَةِ تجلبها، وإن هي نَهَتْ، فذلك النهي إنما هو لمفسدة تدفعها، لا يشذ عن هذا شيء من أحكامها، وقد بنيت الشريعة فيما بنيت عليه، على قاعدة التعاون بين الناس على البِرّ والتقوى، وطالبت القويّ في الحاح أن يعين الضعيف، ويغيث الملهوف، وحتمت الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر؛ تحقيقاً لمصلحة النوع الإنساني وتوفيراً لأسباب الشَّفقة والرحمة، ومن هذا كان على العاقل أن يتولّى غيره بالنصح والإرشاد، وأن يقوم على مَصَالحه، يحفظها ويعمل عليها، وقد جعلت من مقاصدها الضرورية حفظ المال، وسلكت في سبيل المحافظة عليه طرقاً شتّى من التشريع منها الضمان، ومنها حد السَّارق، ومنها هذا النوع من الأحكام الذي هو بصدد البحث.

ونعت شديد النَّعْي على ذلك الذي يُبَعْثر ماله ذات اليمين، وذات الشمال فيما لَذَّ وطاب، وفيما حلّ وفيما حرم، وباعدت بينه وبين الإنسان، وجعلته أخا الشيطان، ففي آية من:

«السَّفَه في اللغة»: خفة الحكم، أو نقيضه، وأصله الخفة والحركة، أو الجهل؛ والعرب تطلق السفه على ضعف العقل تارة، وعلى ضعف البدن أخرى ـ فمن الأول قول الشاعر: ـ

نخاف أن تسفه أحلامنا ويجهل الدهر مع الجاهل

ومن الثاني قول ذي الرمّة: ـ

مشين كما اهتزت رماح تسفهت أعاليها مر الرياح النواسم

والسفيه المهلهل الرأي في المال، الذي لا يحسن الأخذ لنفسه، ولا الإعطاء منها.

«وفي اصْطِلاَح الفقهاء»، يراد من السفه السرف، والتبذير، وعدم حفظ المال.

ثم اختلفت كلمتهم فيما يكون صرف المال سرفاً وتبذيراً:

فذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، إلى أن صرف المال في وجوه الخير، وأنواع البر والقرب لا يعد سرفاً ولا تبذيراً.

وذلك كصرفه في سبيل الله، وبناء المساجد، وإصلاح الطرق، وبناء القناطر، وإقامة المعامل والحصون، وبناء المشافي، وما إلى ذلك من كل عمل يعود على الإسلام والمسلمين بالمصلحة.

وذهب الحنفية إلى أن صرف المال في وجوه البر يعد سرفاً مذموماً إن زاد عن حد التوسط، فأنت ترى أن الحنفية يرون كل تبذير سفهاً حتى لو كان في القربات، وغيرهم يرى أن التبذير ليس سفهاً في القربات، فإنه لا سرف في الخير، كما لا خير في السّرف.

وقد استدل الحنفية بآيات من القرآن الكريم نذكر منها:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلاَ تَبْسُطْهَا كُلَّ البَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُوماً مَحْسُوراً﴾.

«والوجه»: أن الله تعالى نهى عن التقتير والتبذير، فأفاد الاعتدال، وهو الوسط الذي لا إفراط فيه ولا تفريط، وكان ذلك نهياً عاماً لم يشمل شيئاً دون شيء.

٢ ـ قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَواماً﴾. «الوجه»: أنه تعالى =

. . . .

= أثنى على عباده المؤمنين الذين هم عباد الرحمن بأنهم سلكوا في الإنفاق طريقاً وسطاً، لا مسرفين ولا مقترين، ولو كان صرف المال في القربات، كذلك ما وسع الله إلا أن يثني به على عباده المؤمنين، بل هو يكون أولى بالذكر.

وقد جعل الله في مال الإنسان حقوقاً لغيره لم تبلغ أكثر ما بلغت إلا نسبة قليلة؛ قد لا تزيد عن ١٠ ٪، وقد تنحط إلى ٢,٥ ٪. ومعنى ذلك أن الأصل في المال أن يكون للإنسان، فكل ما أخرجه عن ذلك وجب أن يكون تبذيراً منهياً عنه.

وقد استدل الآخرون بالقرآن، والسنة. أما القرآن: «فأولاً» قوله تعالى: ﴿مَثَلُ الذينَ يُنْفِقُونَ أمْوَالَهُمْ في سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أنْبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلَ في كُلِّ سُنْبُلَةٍ مائَةُ حَبَّةٍ. . .﴾ الآية. «والوجه» أنه سبحانه وعد المؤمنين الذين ينفقون أموالهم في سبيل الله؛ ابتغاء مرضاته، وطمعاً في ثوابه، أن الحسنة تضاعف إلى سبعمائة بل تزيد لمن شاء الله، وهذا فضل عظيم يحمل العقلاء على صرف أموالهم في سبيل الله، وما من شك في أن مصالح المسلمين هي سبيل من سبل الله. «وثانياً» قوله تعالى: ﴿إنَّ المُصَّدِّقِينَ والمصَّدِّقاتِ وَأقْرضُوا الله قَرْضاً حَسناً يُضَاعَفُ لَهُمْ ولَهُمْ أجْرٌ كَرِيْمٌ﴾.

«وثالثاً» قوله تعالى: ﴿وَيَسْألُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ العَفْوَ﴾ والعفو ما فضل عن الحاجة.

وأما السنة فقد تصدَّق المسلمون الأولون، وأنفقوا في أعمال الخير والبر، والمعروف، والجهاد في سبيل الله.

فهذا عثمان بن عفان ـ رضي الله عنه ـ اشترى بئر رومة بأربعين ألف درهم، أو ثمانين، وجعلها للمسلمين. وجهز جيش العسرة من إبل وعتاد وزاد، حتى قال فيه الرسول ـ ﷺ ـ: «مَا ضَرَّ عُثْمَانَ مَا فَعَلَ بَعْدَ الْيَومِ».

وخرج أبو بكر ـ رضي الله عنه ـ عن ماله أكثر من مرة، وعائشة أم المؤمنين همّت ببيع رباعها في سبيل الله ولم يعد ذلك تبذيراً ولا إسرافاً.

وقد نُوقشت أدلة المالكية، ومن نحا نحوهم بأن الآيات التي استدلُّوا بها عامة خصصتها الآيات التي استدل بها الحنفية، وبيان ذلك أن القرآن الكريم يفسر بعضه بعضاً. وأما ما فعله عثمان، وأبو بكر، وعائشة، وغيرهم من المسلمين الأولين فلا يعدُّ بالنسبة إليهم سرفاً وتبذيراً؛ وذلك لأن التبذير أمرٌ يختلف باختلاف الأشخاص، وبحسب المال قلة وكثرة. وعندي أن ما ذهب إليه الحنفيةُ من التوسط والاعتدال في صرف المال، في الوجوه التي أباح الشارع صرفه فيها أولى بالاعتبار؛ لأننا إذا نظرنا إلى أن السفيه بعد الحجر عليه ممنوع من بذل المال في القرب، والمندوبات؛ كالعتق، والصدقة، وغيرهما؛ لأن ذلك يتنافى مع حفظ ماله الذي من أجله شرع الحجر عليه، وأن ذلك لا خلاف فيه بين القائلين بالحجر للسفيه، ومن بينهم المالكية، والشافعية، والحنابلة.

ونحن إذا نظرنا إلى كُلِّ ذلك لا يسعنا إلاّ أن نقول: إن مذهب الحنفية أرجح؛ لأنهم طردوا الباب على وتيرة واحدة، وجعلوا ما كان مضيعاً للمال بعد الحجر مضيعاً له قبله، وأن فاعله يستحق الحجر عليه.

أمّا المباحات فذهب الشافعية، والحنابلة إلى أن صرف المال فيها لا يعدّ سرفاً ولا تبذيراً. وخالف في ذلك المالكية، والحنفية.

احتج الشافعية، ومن معهم بأن المال إنما خلق للتمتع، والانتفاع به فيما لذ وطاب مما أذن فيه الشارع. =

. . . .

= قال تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ الله التي أَخْرَجَ لِعبادِهِ والطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾.

واحتج المالكية، والحنفية بقوله تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلاَ تُسْرِفُوا. . .﴾ الآية. ووجه الدلالة من الآية: أن الله تعالى نهى عن الإسراف وذمه بقوله: ﴿إنَّه لا يحِبُّ المُسْرِفينَ﴾، ومن غير شك أن صرف المال وإنفاقه زيادة على الوجه المعتاد يكون المنفق له مسرفاً، وأنه منهيٌّ عن ذلك. وعلى ضوء هذا يكونُ الذي ترجح هو مذهب المالكية ومن معهم.

أمّا صرف المال في المحرمات؛ كبذله للمغنيات، وشرب الخمر، والسبّاق، ولعب القمار، وما إلى ذلك؛ مما هو شائع ومعروف في عصرنا هذا، فقد اتفق الفقهاء جميعاً على أن صرف المال فيه يعد سرفـاً وتبذيراً.

وإذا كان السفه لا ينافي أصل العقل لم يكن منافياً للأهلية، كانت أهلية وجوب أو أهلية أداء. فالسفيه أهل لجميع الأحكام الشرعية تعلقت بحقوق الله، كالزكاة، والحج، وما إليهما، أو كانت معاملة بينه وبين الناس؛ كالبيع، والشراء، والرهن، وما إليها. وإنما كان الخلافُ بين الفقهاء في أن السفه ينافي أهلية التصرف في المال أم لا.

إلى الأول ذهب جمهورٌ من الفقهاء منهم: مالك، والشافعي، وأحمد، وأبو يوسف، ومحمد بن الحنفية، ولذلك قالوا بالحجر عليه.

وذهب أبو حنيفة، وأهل الظاهر إلى أنه لا ينافي أهلية التصرف في المال، غير أن الظاهرية لا يمنعون منه ماله بعد البلوغ، وأبو حنيفة يمنعه إلى خمس وعشرين سنة مع اتفاقهم على نفاذ تصرفه. وقد سلك أهل الظاهر في الاستدلال طريقاً، وسلك أبو حنيفة طريقاً آخر.

وقد استدل الظاهرية على أن السفيه غير محجور عليه، وأن السفه لا ينافي أهلية التصرف بالقرآن والسنة. أمّا القرآن فعمومات من نحو قوله تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا البِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ وقوله تعالى: ﴿جَاهِدُوا بأمْوَالِكُمْ وأنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾، وقوله تعالى: ﴿مَا سَلَكَكُمْ في سَقَرَ. قَالُوا لَمْ نَكُ مِنَ المُصَلِّينَ، ولَمْ نَكُ نُطْعِمُ المِسْكِينَ﴾.

ووجه الدلالة من الآيات أن الله تعالى ندب المؤمنين من غير فرق بين السفهاء وغيرهم إلى أعمال الخير والبر، والتماس أسباب القرب من الله تعالى بالأموال.

وأما السنة فعموماتٌ أيضاً نذكر منها قوله ـ ﷺ ـ: «اتَّقُوا النَّارَ وَلَوْ بِشَقِّ تَمْرَةٍ». والوجه أن كل أحد من المسلمين مطلوب منه تقوى النار بما تملك يده، ولو كان شق تمرة، لا فرق في ذلك بين سفيه وغير سفيه، فإن الظواهر تضافرت على ذلك لا يخرج منها إلا ما أخرجه الدليل، وهو إنما أخرج الصبي، والمجنون.

ونحن نرى أن هذه العمومات لا تنفع الظاهرية، ولا تضر غير الحنفية، فإن أعمال الخير والمعروف مما حَثَّ الله على الإنفاق فيها ـ لم يقل واحد من العلماء بأن فاعلها يستحق الحجر عليه.

وأمّا الحنفية فلهم أن يقولوا: إن ذلك كلّه مخصوصٌ بالأدلة التي تدل على أن للإنفاق حدًّا، إن هو جاوزه كان سفهاً وتبذيراً.

وقال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: لا يحجر على الحر البائع العاقل، وإن كان مبذِّراً متلفاً لماله فيما لا غرض له فيه، ولا مصلحة؛ كما لو أحرقه، أو ألقى به في بحر، وإنما إذا بلغ سفيهاً فإنه يمنع من ماله =

. . . .

= إلى خمس وعشرين سنة، ثم يدفع إليه ماله، فإنه لا بدّ بعد هذا السنّ أن يحصل له ضَرْبٌ من الرشد، وتصرفه بالبلوغ نافذ، وإنما منع منه المال هذه المدة؛ تأديباً له وزجراً، فإن لم ينتفع بهذا التأديب فلا فائدة.

والحكمة في ذلك أن السفيه قد يبلغ من حيث السن بثمانية عشرة سنة، فإذا بلغ ولم يرشد اعتبرنا له مدة يظن فيها تغير حاله غالباً، وقد نظرنا فوجدنا أن الشارع اعتبر السبع في الصلاة، فقد قال الرسول ـ ﷺ ـ «مُرُوهُمْ بالصَّلاةِ لِسَبْعٍ» فاعتبرنا هذه المدة بعد البلوغ فكانت خمساً وعشرين سنة، وما من شك في أن الصغير محجور عليه للصبا، وهو إذا بلغ ولم يرشد فقد استصحب أثر الصبا كالصبا فمنعنا المال منه إلى هذه المدة.

هذه وجهة، ووجهة أخرى أنه في هذه السن قد يكون جداً؛ فضلاً عن أن يكون أباً، فإنه إذا بلغ وهو ابن اثنتي عشرة سنة، فيتزوج؛ ويولد له لستة أشهر، فإذا تزوج هو أيضاً وهو ابن اثنتي عشرة سنة، فيولد له لستة أشهر؛ تحقق في الأول أن يكون جداً.

وكيف يكون جداً ويحجر عليه؟!

وقد يرد علىٰ أبي حنيفة أشياء: «أولاً» ما فائدة منع المال منه إلى هذه السِّن مع قوله بنفاذ تصرفه.

والجواب طبعاً أنه لا فائدة، ولكن فيه زيادة كلفة على الولي في حفظ مال السفيه، فإذا هو لم يقطع لسانه عن التصرفات، ولم يهدر قوله. فلا فائدة في المنع قطعاً.

«ثانياً» دعواه أن منع المال منه إنما كان للزجر والتأديب، ولا زجر بعد هذه المدة مدفوع بالحدود؛ فإنها تقامُ على الشخص، قلت السن عن هذه المدة أو زادت، ومن الذي يستطيع دعوى أن المنع لا يفيد بعد هذه المدة؟

«ثالثاً» كذلك ليس من الحتم أن تتغير حاله بعد هذه المدة، بل هي قد تسوء، وتزداد سوءاً، وإذا جاز أن يطرأ سفه بعد رشد، فأولى أن يستمر السفه ويزداد، وحد ذلك بخمس وعشرين سنة تحكم لا دليل عليه.

«رابعاً» لا يعنينا كونه جداً، فإن الجدودة ليست مناط حكم هنا، بل يلزم أبا حنيفة أن نقل هذه السن حيث وجدت الجدودة، وقد توجد قبل ذلك، فإن الأنثى قد تبلغ لتسع، فإذا تزوجت فولدت لستة أشهر بنتاً فبلغت هي أيضاً لتسع فتزوجت، فولدت لستة أشهر ـ تحقق أن تكون جدة وهي بنت تسعة عشر.

«خامساً»: هذه مجرد فروض نادرة، وعلى النادر لا تبتني الأحكام.

«قالوا: ولا يفرض حكم العموم لفرد نادر».

وقد استدل الجصاص لأبي حنيفة بقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إذا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشداً. . .﴾ الآية.

ووجه الدلالة: أن الله تعالى قد شرط رشداً نكرة، فاقتضى تحقق المشروط بأي شيء يقع عليه اسم الرشد، والله تعالى قد علق دفع المال على شرطين: البلوغ، وإيناس الرشد، غير أنه ذكر الشرط الثاني بعد الأول معاقباً له بفاء العطف التي هي للتعقيب، فتقتضي إيناس رشد معاقباً للبلوغ، ولا يعاقب البلوغ إلا هذه المدة، والدال على اعتبارها أنها اعتبرت في الصلاة؛ حيث قال الرسول ـ ﷺ ـ: «مُرُوهُمْ بالصَّلاةِ لِسَبْعٍ» قال عمر ـ رضي الله عنه ـ: «ينتهي لب الرجل إذا بلغ خمساً وعشرين سنة». وقد ترك =

. . . .

= العمل فيما دوّن هذه السن بعد البلوغ، فتبقى الآية على ظاهرها بعدها.

وهذا الاستدلال مدفوع من وجوه:

«الأول»: أن المراد من الرشد في الآية هو الرشدُ في المال، بمعنى حفظه، وحسن التصرف فيه؛ لأن الكلام في المال، فحيثما لم يتحقق هذا لم يدفع إليه المال، ولو بلغ من العمر أرذله.

«الثاني»: أن الصبي المميز إنما حجر عليه؛ لمظنة السفه والتبذير، فإذا تحقق وجود السفه، فأولى أن يحجر عليه.

«الثالث»: أن كون السفيه لا بد أن يحصل له ضرب من الرشد، إذا بلغ هذه السن هو أشبه أن يكون تحكماً.

«واستدل أبو حنيفة» أيضاً:

١ ـ بقول الله تعالى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُوهَا إِسْرَافاً وَبِدَاراً أَنْ يَكْبَرُوا﴾. ووجه الدلالة: أن الله تعالى نهى أولياء اليتامى عن أكل أموال اليتامى مبادرين كبرهم، فإنهم إذا كبروا زالت ولايتهم عنهم، فهو نص على زوال الولاية بالكبر، وهو نص على زوال الحجر به؛ لأن الولاية إنما كانت للحاجة، وهي إنما تنعدم إذا صار اليتيم مطلق التصرف بنفسه.

وهذا الاستدلال عجيب، فإن الكبر غالباً يتبعه الرشد، فكان ذكر الكبر ذكر اللازمة وهو الرشد، فيكون المعنى على هذا أن يكبروا راشدين، على أن هذا عجز آية صدرها: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً﴾؛ ولا أدري بعد هذا، كيف يتم الاستدلال لأبي حنيفة.

٢ ـ واستدل أيضاً بعمومات الكتاب من نحو قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾. والوجه أنه تعالى أحل البيع، وأطلق ذلك الحل، ولم يشرط فيه رشداً، والحل يفيد ترتب الثمرة عليه من ملك الثمن للبائع، وملك المثمن للمشتري.

وهذا الاستدلال عجيب أيضاً فإن الآية أحلت مبدأ عامًا من مبادىء المعاملات، فارقة بحكم المبدأ بينه وبين حكم الربا، سيقت لهذا فقط، أمّا أن البيع لا بد له من شروط تتعلق بطرفي التعاقد، وبالثمن، والمثمن ـ فذلك شيء آخر لم تسق له الآية. على أن الله تعالى كما أطلق في العاقد، أطلق في المعقود عليه، ومقتضى الاستدلال حل كل مبيع، وإن لم يستوف شروطه الشرعية، وهو ما لم يقل به المستدلُّ.

٣ ـ واستدل أيضاً بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوه﴾ الآية.

ووجه الدلالة: أن الله تعالى أمر بكتابة الدين المؤجل الناشىء عن المعاملة، والخطاب في الآية عامٌّ، ليس لواحد دون الآخر، فلا فرق بين رشيد وغير رشيد، فقد دلت الآية على نفاذ تصرف كل متداين فالحجر على السفيه ينافي ذلك.

ولكن هذا الاستدلال غير ناهض فإن في آخر الآية: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً. . .﴾ إلخ الآية، وذلك مثبت للولاية عليه، وكيف يستقيم مع هذا الاستدلال.

وأيضاً فإنها تشمل فيمن تشمل الصغير والمجنون.

٤ ـ واستدل أيضاً بقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ. . .﴾ الآية.

«ووجه الدلالة»: أن الله تعالى نهى المؤمنين عن أكل أموال الناس بالباطل، وجعل ذلك عند انعدام =

. . . .

= الرضا، وأباح أكلها إذا وجد الرضا، والأكل أريد به مطلق التعاطي، وإذا منع السفيه من التصرف في ماله، وتصرف عنه وليه من غير رضى منه ـ كان منهياً عنه، ولا يكون المنهي عنه مشروعاً.
والاستدلال بالآية غير ناهض له، فإنها قد خص منها الصغير والمجنون قطعاً، فيخص منها السَّفيه أيضاً. على أن ذلك ليس تصرفاً يمنعه الله، فإنه لحفظ ماله وحسن القيام عليه، فلم يكن أكلاً للمال بالباطل.
٥ ـ بآيات الكفارات من الظهار، والقتل الخطأ، واليمين، مثل قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ. . .﴾ الآية. وقوله: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤمناً خَطأً. . . .﴾ الآية. وقوله: ﴿لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ. . .﴾ الآية.
«والوجه» أن هذه الآيات دلت على نفاذ العتق ممن وقع منه السبب، كان سفيهاً أو غير سفيه ضرورة أن الخطاب عام فهي قد دلت على نفاذ تصرف السفيه، وإذ نفذ تصرفه فلا يكون محجوراً عليه.
وما من شك في أن التلَّفظ بالظهار اختياراً، والخطأ في القتل، والحِنث في اليمين ـ نوع من السفه، فدل هذا كله على أنه مع السفه يتصور منه السبب الموجب لاستحقاق المال، ومن ضرورية ألاّ يمنع عن أداء ما لزمه شرعاً، فالحجر عليه لا يأتي بفائدة كثيرة؛ لأنه متمكن من إتلاف المال بهذه الأسباب.
والآياتُ مخصوصاتٌ بالصغير والمجنون اتفاقاً، فهي تخص أيضاً بالسفيه، على أن هذا أيضاً مجرد احتمال.
فمن هذا الذي يأتي على كل ماله بالظهار، أو بالقتل الخطأ، أو باليمين، إنه إن فعل ذلك مرة فقد لا يَعُودُ إليه أبداً، فهو عقلاً يمكنه الإتلاف بهذه الأسباب، ولكن العادة تمنع ذلك وتحيله.
٦ ـ وبقول الرسول ـ ﷺ ـ: «لا يَحِلُّ مَالُ آمْرِىءٍ مُسْلِمٍ إلاَّ بِطِيبٍ مِنْ نَفْسِهِ». ووجه الدلالة: أن الرسول نهى عن أخذ أموال الناس بدون رضا من أصحابها، فشرط طيب النفس، ونفس السفيه لا تطيب بالحجر عليه، وتصرف الولي عنه، فيكون منهياً عنه، والمنهي عنه لا يكون مشروعاً.
وقد يقال في هذا ما قيل في الآية: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ. . . .﴾ الاية.
٧ ـ أن السفيه حر مخاطب، فهو أهل لأحكام الله تعالى، فيجب أن يكون أهلاً في المال حتى يكون مطلق التصرف كالرشيد. وإذا كان حراً مخاطباً فهو أهلٌ للتصرف، وإذ قد تصرف. فهو إنما يتصرف في محل تصرفه، وهو خالص ملكه، وذلك يثبت باعتبار حرية المالك، وبعد صُدُورِ التصرُّف من أهله في محله، فلا يمنع نفاذه إلا مانع، والسفه لا يصلح ذلك المانع؛ وذلك لأنه بالسفه لا يظهر نقصان عقله، ولكن السفيه يكابر عقله، ويتابع هواه، وهذا لا يكون معارضاً في توجيه الخطاب إليه بحقوق التصرف، كما لم يكن معارضاً في توجيه الخطاب إليه بحقوق الشرع. ويمكن أن يقال:
«أولاً»: إنه قياسٌ في الأسباب، وأبو حنيفة لا يقول به.
«ثانياً»: أن العلة غير متحققة في الفرع، فإن علته في الأصل كونه مخاطباً بالغاً رشيداً، فالرشد جزء علة، ولم يوجد في السفيه.
«ثالثاً»: هو قياسٌ في مقابلة النصوص التي تدل على الحجر على السفيه، والقياسُ في مقابلة النص باطِلٌ.
«رابعاً»: وينقضه العبد، فإنه مخاطب عاقل، وهو ممنوع من التصرف باتفاق.. وقد أجاب صاحب نتائج الأفكار عن الأخير بجوابين: =

فالسفيه[1]: المُبَذِّر، والضعيفُ: الصبي، والذي لا يستطيع أنْ يُمِلَّ: هو المَغْلوبُ على عَقْلِهِ.

والحَجْرُ نَوْعَانِ: حَجْرٌ عَلَىٰ إِنْسَانٍ لِحَقِّ نَفْسِهِ، وحَجْرٌ عليه لِحَقِّ غَيْرِهِ.

فالحَجْرُ لحق الغير خمسةٌ: حجر المُفْلِسِ لِحَقِّ الغُرَمَاءِ، وحجر المريض لحقِّ الوَرَثَةِ، والحجر عَلَى الرَّاهِنِ لِحَقِّ المرتهن، وعلى العبْدِ لحقِّ المَوْلىٰ، وعلى المُكَاتَبِ لحقِّ الله ـ تعالى ـ وحقِّ المولى.

وكلُّ هذه الأنواع خاصَّة تكون في بعض الأشياء دون البعض؛ فإنَّ إقْرار هؤلاء بما يوجب العُقُوبة صَحِيحٌ، ويصح منهم النكاحُ والطلاقُ، والمفلسُ يشتري والمَريضُ يبيع ويشتري بثمن المِثْل، وينفذ تَبرُّعُهُ في الثلث، والراهن يتصَرَّفُ في عَيْنِ المرْهُونِ.

وأمَّا الحَجْرُ لحقِّ نفسه فثلاثة: حجر السَّفيه[1]، وحجر الصبيِّ، وحجر المجنون:

= «الأوّل»: أنه ذكر المخاطب مطلقاً، وإنما ينصرف إلى الفرد الكامل، والعبد ليس بكامل؛ لأنه تسقط عنه الخطابات المالية؛ كالزكاة، وصدقة الفطر، والأضحية، وقد يسقط عنه غير المالية؛ كالجمعة، والعيدين. «وقد يقال»: إنه مخاطب كامل بمقتضى آدميته، غير أنه تخلف ذلك لمانع، إمّا لأنه لا يملك أصلاً، أو لا يملك ملكاً تامّاً، لأن العبد، وما ملكت يداه لسيده؛ كما أنه إنما سقطت عنه الجمعة، وما إليها إنما هو لحقِّ السَّيِّد.

«الثاني»: أن المراد بالمخاطب إنما هو المخَاطبُ بالتصرفات المالية، بدلالة محل الكلام؛ لأن الكلام في الحجر على التصرفات المالية؛ كالبيع، والشراء، والهبة، والصدقة، فهو على هذا لا يشمل الرقيق؛ لأنه لا مال له، فلا تصرف له فيه، فلا خطاب.

وفي الحقّ أنه تخريج غير ظاهر، فإنه لا يكون محل الكلام دليلاً على أن الكلام في الحجر في المال، وإنما الكلام عام.

٨ ـ أن الله تعالى خاطب العبد، واعتبره لأن يكون مكلفاً بالعبادة، واعتبر إقراره بالعقوبات، ولم يهدر قوله فيها، ولم يعتبر سفهه شبهة يندرىء بها الحد، فإذا لم يهدر قوله فيها فأولى في غيرها. ثم إن في الحجر عليه إهداراً لآدميته، وإلحاقاً له بالبهائم؛ وذلك ضرر عظيم يَكُونُ في نفسه، والتبذير في المال ضرر يلحقه في ذات يده، ولا يدفع ضرر أقل بضرر أعظم؛ لأن النفس أسمى من المال وأجل.

ينظر: كلام شيخنا سليمان رمضان عثمان في نظام الحجر. وينظر: تاج العروس (٩/ ٧٩)، والقرطبي (٣/٣٨٦)، والمبسوط (٢٤/ ١٥٧)، المحلى لابن حزم (٨/ ٢٧٩)، والهداية (٨/ ١٩٤)، المغني (٤/ ٥١٢)، وابن الحاجب (٢/ ٢٥٥).

(١) وقد استدل من قال بالحجر على السفيه بالكتاب، والسنة، والآثار، والمعقول، وهو قياس وغير قياس.
«أما الكتاب»: فأولاً: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً، أَوْ لا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمَلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بالعَدْلِ. . . .﴾ الآية.
«والوجه» في ذلك أن الله تعالى جعل من عليه الحق أربعة أصناف:
١ ـ المستقل بنفسه، وهو البالغ الرشيدُ.
=

....

=
٢ ـ السّفيهُ، وهو البالغ غير الرشيد.
٣ ـ الضعيف، وهو الصغير، أو المجنون، أو الشيخ الهرم.
٤ ـ الذي لا يستطيع أن يملَّ، وهو الأخرس، أو هو الجاهل بماله وما عليه.
وهذه أصناف أربعة لا بد من التقابل بينها، بحيث يكون كل واحد منها غير الآخر، وإلا لزم أن يكون كلاماً غير بليغ، ودون ذلك «مهامه فيح»، فلزم أن يكون كل واحد منها غير داخل في الآخر.
وأيضاً فإن ذكر هذه الأصناف بخرف أو يقتضي كونها أموراً متغايرة، وإذا كان الأول هو البالغ الرشيد الناطق وجب أن يكون الثلاثة غيره، وهو: إما بالغ غير رشيد؛ كالسفيه، والمجنون، والشيخ الهرم، وإما غير بالغ، كالصبي، وإما بالغ رشيد عاجز عن النطق، وهو الأخرس. وقد جعل الله لكل هؤلاء ما عدا الأول ولاية عليه بقوله: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّه بالعَدْلِ﴾، وليس للولاية من معنى إلا التصرف عن المولى. وهذا هو معنى الحجر.

«قال الإمام الشافعي»: وإنما أمر الله ولي السفيه بالإملال عنه؛ لأنه أقامه مقامه فيما لا غنى له به عنه في ماله.
ولأبي حنيفة أن يقول في هذا الدليل:
١ ـ إنه ليس من الحتم أن يكون السفيه ما ذكرتم، فلم لا يكون هو الصغير، أو المجنون، وحينئذٍ لا تدلُّ الآية على مطلوبكم.
ولكنّ هذا غير ناهض، فإن السفه في العرف يضادّ الرشد، ولا ينافي البلوغ، ولا يقابل العقل، فليس عديم العقل سفيهاً؛ وإنما هو مجنون. وأبو حنيفة نفسه يقول: إن السفيه يكابر عقله، ويتابع هواه، وهو بذلك يباين المجنون؛ ولذلك كان عنده أهلاً للتكاليف، وهو بهذا المعنى أيضاً لا يصدق على الصغير، فلزم أن يكون هو في الآية البالغ غير الرشيد.
٢ ـ أن الضمير في قوله تعالى: ﴿فلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ﴾ إنما يرجع إلى الدين المذكور قبل، والمعنى أن الذي يملي هو من لـه الدين. فلم تثبت الولاية على هؤلاء المذكورين، فلا حجر بهذه الآية. وهو بعيد؛ لأنه قول مدّع، ولا يقبل لمدّع قول، فإن تعذر قبول قوله فلا حاجة بنا إلى الكتابة والإشهاد.
٣ ـ أن الآية تقتضي نفاذ تصرف السفيه فإن الذي عليه الدين، هو الذي لزمه بمداينة نفسه، لقوله تعالى في صدر الآية: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُمْ بدَيْنٍ﴾ ثم قال: ﴿فَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الحَقُّ﴾، والمعنى الحق الذي لزمه بهذه المداينة، وأما قوله: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّه بالعَدْلِ﴾ فلا يثبت الولاية بمعنى التصرف عنه؛ لأن عجزه عن الإملال قد يكون لعدم هدايته إلى الحساب، أو لعدم إحسانه الإملال، لأنه يحتاجُ إلى تأليف كلام، وهو قد لا يعرف ما يدل له مما يدل عليه، ومن كان بهذه المثابة فهو بحاجة إلى من يملّ عنه، ممن يحسن ذلك، بعد إقرار المدين على نفسه، وغالب الناس اليوم على هذا.
ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأنه غير متجه، فإن الله ـ سبحانه وتعالى ـ: أمر من عليه الحق بالإملاء، إن كان بالغاً رشيداً، أمّا إن منع من الإمْلال مانع بأن كان مَنْ عليه الدين سفيهاً، أو ضعيفاً، أو لا يستطيع أن يملَّ فقد أمر الله الولي بأن يمل عنه، ولا نعني بالولي إلا من يلي أمره في التصرف عنه، وهذا ما يفيده سياقُ الآية، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الحَقُّ. . .﴾ إلخ» فإنه صريح فيما قلته، ومن المعلوم أن الكاتب ليس بولي للسفيه، على أن المعترض الذي قال: إن الآية =

. . . .

= تقتضي نفاذ تصرُّف السفيه إنما بنى هذا الاعتراض على أن الخطاب في الآية عامٌّ، وفاته أن عجز الآية قد خصص صدرها فاندفع هذا الاعتراض.

«وثانياً»: قوله تعالى: ﴿وَلاَ تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً﴾. «ووجه الدلالة» أن الخطاب للأولياء بدليل الآية قبلها: ﴿وآتُوا اليَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ﴾ فكأن المعنى أن الله أمر بإيتاء اليتامى أموالهم، ولكن لمّا كان ذلك أمراً مطلقاً ـ أراد الله أن يبين أن إيتاءهم أموالهم مشروط بأن يكونوا بالغين عقلاء راشدين، وأمر بإمساك الأموال ما داموا سفهاء، فتكون الآية التي هي موضع الاستدلال تقييداً للآية الأولى، ويكون الكلام كله دائراً حول أموال اليتامى، ووجوب حفظها، وأن الأموال في الآية هي أموال السفهاء، لا أموال المخاطبين؛ بدليل قوله تعالى: ﴿وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ﴾، ولو كانت أموال المخاطبين لقال الله تعالى: ﴿وارزُقوهُمْ مِنها﴾، فأفاد بالظرفية أن المال مال السفهاء، وأن على الأولياء أن ينفقوا عليهم من فائدة أموالهم بواسطة التجارة، والتثمير، وحيث ثبت أن المخاطبين هم الأولياء وأن الأموال أموال السفهاء، وثبت أن الله تعالى أمر الأولياء بحفظها، وعدم إيتائهم الأموال ما داموا كذلك، فقد ثبت الحجر بالسَّفَهِ.

قال الجصّاص: إن الخطاب للآباء، والأموال أموال الآباء؛ بدليل إضافتها إلى المخاطبين، والله تعالى قد نهى الآباء عن أن يؤتوا مالهم هم أولادهم السفهاء، وهم الصغار؛ لأنهم لا يحسنون القيام عليه ولا حفظه، وفي ذلك إضاعة للمال، وقد نهينا عنه.

«وهذا بعيد» فإن الآية لو كانت كذلك لكانت في غير اليتامى، وسياق الآية وسباقها ولحاقها ـ ينافيه، فإن سياق الآية في أموال اليتامى وحفظها، وسياقها في هذا المعنى أيضاً.

وأمّا اللّحاق فقوله تعالى: ﴿وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ﴾، فكانت أموال اليتامى، لا أموال المخاطبين.

ثم هذه الوصية: ﴿وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلاً مَعْرُوفاً﴾، لأنها بالأيتام أشبه فإن الأب مشفق بابنه بالطبع، فهو ليس بحاجة إلى وصية، ولا كذلك ولد الغير.

«ورب قائل يقول»: إذا كان الأمر على ما ذكرت، فلم أضاف الأموال إلى المخاطبين، وهو قد يشعر بغير المقصود؟

«فنقول»: ذلك لأمر سَامٍ جليلٍ، وغرض صحيح نبيل، وبيانه من وجهين:

«الأول»: إنها بالإضافة إليهم، وهي ليست لهم كأنها أموال المخاطبين، والإنسان حفيظ على ماله، ضنين به، يتوخى فيه وجوه المصلحة، فكذلك يجب تصرفه في مال اليتيم.

«الثاني»: إن الإضافة إنما حسنت إجراء للوحدة بالنوع مجرى الوحدة بالشخص على حد قوله تعالى: ﴿لَقَدْ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مِنْ أَنْفُسِكُمْ عَزِيزٌ عَلَيْهِ مَا عَنِتُّمْ. . . .﴾ الآية. وقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَنْتُمْ هَؤُلاءَ تَقْتُلُونَ أَنْفُسَكُمْ﴾ وقوله تعالى: ﴿فاقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ والإنسان لا يقتل نفسه، ولكن يقتل غيره. ولكن لمّا كان الكل من نوع واحد صح أن يقال ذلك، فكذلك المال نوع واحد؛ فإنه عصب الدولة، وفقار الشعوب، فدلت الآية على أن المال حيث كان مما يجب حفظه.

«وبعد»: فإن هذا الاستدلال يتم من هذا الوجه، ولكن المتكلمين في التفسير اختلفوا في السفهاء على خمسة أقوال:

«الأول»: البالغون غير الراشدين، وهو السفيه الذي لا يحسن التصرف في ماله.

«الثاني»: أن المراد بالسفهاء النساء، قاله مجاهد، وجويبر، والضحاك ويؤيده: =

. . . .

= ١ ـ ما روي عن أمامة أن النبي ـ ﷺ ـ قال: «ألا إنَّما خُلِقَتِ النَّارُ لِلسُّفَهَاء، ألا وإنَّ السُّفَهَاءَ النِّسَاءُ إلاَّ امْرَأَةً أطاعَت قيِّمَهَا».

٢ ـ وما روي عن أنس بن مالك؛ أن امرأة سوداء ذات مِلح جريَّة المنطق جاءت إلى النبي ـ ﷺ ـ فقالت: يا رسول الله، قل فينا خيراً مرة واحدة، فإنه بلغني أنك قلت فينا كل شر، فقال النبي ـ ﷺ ـ: «أيُّ شَيءٍ قُلْتُ؟ قالت: سميتنا السفهاء، فقال النبي ـ ﷺ ـ: سَمَّاكُنَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ السُّفَهَاءَ».

وعندي أن القول بأن السفهاء هم النساء غير وجيه؛ لأن السفهاء جمع الذكور لا الإناث، ولو سلم أنه قد تكون لغير الذكور، فليس في الحديثين دلالة على أن المراد بالسفهاء في الآية النساء، فإنه ليس يلزم من أن يكون من النساء سفهاء، أن يكون السفهاء النساء؛ لأن الاسم لم يختص بهن، وقول الرسول ـ ﷺ ـ: «سَمَّاكُنَّ الله في كتابه» ـ لا يقتضي حتماً أن يكون وجه التسمية من هذه الآية، على أن الحديثين فيهما مقال.

«الثالث»: أن المراد بالسفهاء الصبيان، قاله الزهري، وابن زيد.

«الرابع»: أن المراد بالسفهاء الصبيان، والنساء؛ قاله ابن عباس، والحسن، وقتادة، وابن جبير، وسعيد.

«الخامس»: وقال ابن جرير: إن المراد من السفهاء كل من له عقل لا يفي بحفظ المال.

«وثالثاً»: قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ. . . .﴾ الآية.

«ووجه الدلالة»: أن الله علق دفع الأموال على شرطين: بلوغ النكاح، وإيناس الرشد، فلم يكن ليثبت بأحدهما وهو البلوغُ فقط، وكما لم يرتفع الحجر عن الصَّغير، ولو أحسن التصرف في ماله؛ عملاً بالشرط الآخر، فكذلك لا يرتفع الحجر بالبلوغ دون الرشد؛ عملاً بالشرط الآخر أيضاً.

وقد نوقش هذا الاستدلال:

١ ـ بأن تعليق الحكم على شرط لا يقتضي عدم الحكم إذا انعدم الشرط، وهذا كلام بعيد عن مجاري كلام العرب، فإن التعليق عندهم يعتمد الوجود عند الوجود، والعدم عند العدم.

٢ ـ أن الشرط في الآية «رُشداً» نكرة، فإذا تحقق الشرط بوجه من الوجوه ترتَّب عليه جزاؤه لا محالة.

وأول أحوال البلوغ قد يقارنه السفه باعتبار أثر الصِّبَا، وبقاء أثر الصبا كبقاء عينه، وإذا تطاول الزمن، وظهرت الخبرة والتجربة ـ لم يبق أثر الصبا، فقد تجدد ضرب من الرشد لا محالة؛ لأنه حال كحال لُبِّهِ، فقد ورد عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: «ينتهي لُبُّ الرجل إذا بلغ خمساً وعشرين». وقال أهل الطباع: من بلغ خمساً وعشرين سنة فقد بلغ أَشُدَّهُ.

وأجيب عن هذه المناقشة بأنه إذا كان ضرب من الرشد كافياً، كما يشعر به قوله: إن الرشد في الآية نَكِرةٌ، وكان ذلك حاصلاً عند هذه السّن لا محالة، كان الدفع واجباً عند إيناس الرشد، فلم يكن بين الإمام الأعظم وغيره خلافٌ. غاية ما في الأمر أنه يبقى الخلاف بين الإمام، وغيره في أن الرشد المعتبر شرطاً للدفع في الآية ماذا هو؟ وهو أمر آخر وراء ما عرف عن الإمام في هذه المسألة.

فإن أريد بهذا الضرب من الرشد الذي أشار إليه التنوينُ هو الرشد في مصلحة المال؛ فكونه لا بد وأن يحصل في سن خمس وعشرين سنة في حيِّز المنيع.

وإن أريد ضرب من الرشد كيفما كان، فهو على فَرْضِ تسليم حصوله إذ ذاك لا يجدي نفعاً؛ إذ الآية =

. . . .

= كالصريحة في اشتراط الرشد بمعنى صلاح المال وحفظه.
وعندي أن استدلال الجمهور قويٌّ؛ وذلك لسلامته من الاعتراضات.
وأمّا السُّنَّة، «فأولاً»: قد ثبت أنه ـ ﷺ ـ «ردّ صدقة الرجل الذي تصدق بأحد ثوبيه». أخرجه أصحاب السنن، وصححه الترمذي.
«وثانياً»: أنه رد البيضة على من تصدق بها، ولا مال له غيرها.
«وثالثاً»: أنه ردّ عتق من أعتق عبداً عن دبر، ولا مال له غيره.
«ووجه الدلالة»: أن الرسول ـ ﷺ ـ رد تصرف هؤلاء، واعتبر ذلك إسرافاً وتبذيراً؛ وذلك لأن في الأحاديث ولا مال له غيرها، أحد ثوبيه. ولسنا نعقلُ سبباً للرد إلا هذا.
«وأمّا الآثار»: فأولاً: ما روي عن عروة بن الزبير ـ رضي الله عنه ـ؛ أن عبد الله بن جعفر كان يفني ماله في الضيافات، حتى اشترى داراً للضيافة بمائة ألف درهم، فبلغ ذلك علي بن أبي طالب فقال: لآتينّ عثمان، ولأسألنّه أن يحجر عليه، فاهتم لذلك عبد الله، وجاء إلى الزبير ـ رضي الله عنه ـ: وأخبره بذلك فقال له: أشركني فيها، فأشركه، ثم جاء عليٌّ إلى عثمان، وسأله أن يحجر عليه، فقال: كيف أحجر على رجل شريكه الزبير؟
«ووجه الدلالة» في الأثر أن علياً سأل عثمان أن يحجر على عبد الله، وأن عبد الله اهتم لذلك حتى كان الزبير شريكه فيما ابتاع. وأن عثمان لم ينكر على عليّ سؤاله، ولو كان الحجر بسبب السفه غير مشروع ـ لم يسأله عليّ، ولأنكره عثمان، ولما اهتم عبد الله، ولما احتال الزبير على إسقاط الحجر عنه بالشركة معه. ثم لم ينقل عن أحد من الصحابة إنكار لذلك، فدلَّ على أن الحجر بالسفه كان أمراً مقرراً بينهم بدون نكير.
«وقد يقال»: إن الأثر لا يدل على الحجر، بل هو على العكس يدل على عدم الحجر؛ فإن عثمان لم يحجر على عبد الله، ويمكن أن يحمل كلامُ عليٍّ على التهديد، والتخويف، ولَو أن الحجر بالسفه كان مشروعاً ـ لأجاب عثمان عليًا إلى الحجر، ولكنه لم يفعل.
«ونحن لا ندعي» أن في الأثر حجراً على عبد الله، وإنما ادعينا أن الحجر بالسفه كان معروفاً بين الصحابة متقرراً، وإنما الذي منع ذلك في عبد الله هو شريكه الزبير، ويظهر أن الزبير كان معروفاً بحسن التصرف، وقلة الغبن، ويدل له قول عثمان: «كيف أحجر على رجل شريكه الزبير؟ ولو كان الحجر بسبب السفه غير مشروع لم يسأله عليّ، ولو سأله لأنكره عثمان، ولكن علياً سأل وعثمان لم ينكر.
«وثانياً»: أن عائشة ـ رضي الله عنها ـ كانت تتصدق بمالها، حتى روي أنها كان لها رباع، فهمَّتْ ببيع رباعها، لتتصدق بالثمن فبلغ ذلك عبد الله بـن الزبير فقال: «لتنتهين عائشة عن بيع رباعها، أو لأحجرن عليها».
ووجه الدلالة: أن الحجر بسبب التبذير كان معروفاً عند الصحابة، وإلاَّ لو كان غير مشروع فكيف يستقيم لابن الزبير تهديد، وهو إنما يهدّد عائشة ـ أم المؤمنين ـ التي كانت تُفتي في دين الله وتعلِّمه.
«وهذا الأثر» لو صح لكان دليلاً للحنفية فقط، أما غيرهم الذين يرون أنه لا سرف في المندوبات، فلا يكون دليلاً عندهم.
ومعاذ الله أن تنسب عائشة الصِّدِّيقة إلى السّفه، وعائشة ـ وهي أعلم بدين الله من ابن الزبير ـ حين بلغها =

فحجر السفيه خاصٌّ، وحَجْر الصبيِّ والمجنونِ عامٌّ، وفكاك حجر المُفْلس يكونُ بقسمةِ ماله على الغُرماء، وفِكاكُ الحجر عن الراهن بقضاء دَيْن المُرتَهِن، وفكاك الحجر عن العَبْد والمكاتب بالعتقِ، وفكاكُ الحجْر عن السفيه بإيناسِ الرُّشْدِ وإطلاق القاضي، وعن المَجْنون بالإفاقة، وعن الصبيِّ بالبلوغ.

= قوله ـ حلفت ألا تكلمه أبداً، وعائشة لم تكن كالذي إذا قيل له اتق الله، أخذته العزة بالإثم، ولو أن الحجر بالسفه كان مشروعاً لم تحلف.

«ولكن يقال»: إن عائشة لم تكن ترى أن السرف في القربات موجباً للحجر، ولعلّ ابن الزبير كان لا يعرف هذا.

«وأما القيَاس»: فهو أن السفيه كالصبي، وحيث منع المال من الصبي، فيمنع من السفيه، بل هو أولى، فإن المعنى الذي من أجله حجر على الصبي موجودٌ في السَّفِيه، بل هو متحقِّق فيه أكثر؛ ضرورة أنه حجر على الصبي لتوهم التبذير، وهو متحقق في السفيه فإذا حجر بسبب موهوم، فأولى أن يحجز بسبب محقق.

«قال أبو حنيفة»: إن في السفيه ما يمنع الحجر، فإنه حر مكلف مخاطب، ولا كذلك الصبي، ولا يقاس مخاطب على غير مخاطب. ثم هما غير متساويين؛ لأن الحجر أبلغ في العقوبة من منع المال؛ وذلك لأن الحجر يقتضي بطلان تصرُّف المحجور عليه، بخلاف منع المال؛ فإنه لا يستلزم بطلان التصرفات.

«ويمكن الردّ»:

١ ـ بأن كون السفيه مخاطباً لا يفيد على ما أسلفنا، فإنما حجر على الصغير لمعنى الإتلاف، وهذا المعنى متحقق في السفيه.

٢ ـ وأن الحجر إنما هو للنظر له لا للعقوبة.

«وأما المعَقول» غير القياس فهو أن التصرفات المالية إنما شرعت لمصالح العباد ومنافعهم، وليس من المصلحة في شيء أن يمكن منها من لا يهتدي إلى وجوه النفع فيها، وقد جاءت الشريعة فيما جاءت بمقصد سامٍ هو حفظ المال.

«وبعد» فإن الله تعالى جعل المال قياماً للناس، وندب إلى حفظه في كثير من آيات كتابه، وذم السفه والتبذير، فقال تعالى: ﴿إِنَّ المبَذِّرينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينَ، وكَانَ الشَّيْطانُ لِرَبِّه كَفُوراً، ومدح المؤمنين بالاعتدال في الإنفاق، وعدم الإفراط فيه والتفريط، فقال: ﴿والَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَاماً﴾ ونهى رسولُ الله ـ ﷺ ـ عن قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال، وقال: «إنَّك إِنْ تَذَرَ ورَثَتَكَ أَغْنِياءَ خَيْرٌ لَهُمْ مِنْ أَنْ تَتْرُكَهُمْ يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ».

وقال ابن عباس، وقد سئل: بم ينقضي يتم اليتيم؟ فقال: لعمري، إن الرجل لتنبت لحيته، وإنه لضعيف الأخذ، ضعيف العطاء، فإذا أخذ لنفسه من صالح ما أخذ الناس، فقد ذهب عنه اليتم. والمال عصب الدول وفقار ظهورها، ولا يمكن لأمة أن تقوم بمشروعات الخير والبر، والإصلاح في النواحي المختلفة، ولا أن تعبىء الجيوش لتذود بها عن أوطانها ومصالحها إلا بالمال، فالمال يجبُ حِفْظُهُ.

ينظر: كلام شيخنا سليمان رمضان عثمان في نظام الحجر، وينظر ابن العربي (١/ ١٠٥)، ومختصر المزني على هامش الأم (٢/ ٢٢٣)، والفخر الرازي (٢/ ٣٧٢)، والجصاص (٢/ ٧٣)، والألوسي (٤/ ٢٣)، ونيل الأوطار (٥/ ٢٦٧)، والزيلعي (٥/ ١٩٣)، والمغني (٤/ ٥١٢).

والبلوغ[١] يحصلُ بأربعة أشياء: اثنانِ يشتركُ فيهما الرَّجُلُ والمرأة؛ وهو: السِّنُّ، والإنْزال بالاحتلام أو غيره.

---

(١) البلوغ طور من أطوار الحياة، به يستعد الشخص لأداء وظيفته النوعية وهي التناسل، وقريب من هذا قول المازري: هي قوة تحدث للشخص تنقله من حال الطفولة إلى غيرها.

وللبلوغ علامات يُعرف بها؛ بعضها خاص بالإناث، والبعض الآخر يشترك فيه الإناث والذكور.

«فالقسم الأول»: الحمل، والحيض.

«والقسم الثاني»: ثلاثة أنواع:

«الأول»: خروج المني منهما في اليقظة، أو النوم؛ ويدل لذلك قول النبي ـ ﷺ ـ: «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ، عن النَّائِمِ حتَّى يَسْتَيْقِظ، وَعَنِ المَجْنُونِ حَتَّى يَفِيقَ، وَعَنِ الصَّبِي حَتَّى يَحْتَلِمَ».

وقول النبي ـ ﷺ ـ لمعاذ: «خُذْ مِنْ كلِّ حَالِمٍ دِيناراً»، وقول الله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الأطفالُ مِنكُمْ الحُلُمَ فَلْيَستَأذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذينَ مِنْ قَبْلِهِمْ. . .﴾ الآية.

«الثاني»: نبات شعر العانة على فرج الذكر، والأنثى.

وخالف في ذلك أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: فلم يره علامة للبلوغ؛ مستنداً إلى أن شعر العانة شعر نبت على الجسم كغيره من الشعور، فلا يصلح علامة على البلوغ كغيره.

أما الجمهور فإنه استند إلى ما ورد من أن النبي ـ ﷺ ـ لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة، وحكم سعد بأن تقتل مقاتلهم، وتسبى ذراريهم، أمر ـ ﷺ ـ بأن يكشف عن مؤتزرهم، فمن أنبت فهو من القاتلة، ومن لم ينبت فهو من الذراري، وفي ذلك يقول عطية القرظي: عرضت على رسول الله ـ ﷺ ـ يوم قريظة فشكوا فيّ، فأمر النبي ـ ﷺ ـ أن ينظر هل أنبت بعد، فنظروا إليّ، فلم يجدوني أنبت بعد، فألحقوني بالذرية. فأنت ترى أن الرسول ـ ﷺ ـ جعل الإنبات فارقاً بين المقاتلة والذرية، فكان علامة على البلوغ؛ إذ لا يقتل إلاّ من بلغ. وكذلك ثبت أن عمر ـ رضي الله عنه ـ كتب إلى بعض عمّاله ألاّ تأخذ الجزية إلا ممن جرت عليه المواسي، ويعني بذلك من نبتت عانته، فدلَّ ذلك على أن نبات شعر العانة علامة على البلوغ؛ لأن الجزية لا تؤخذ إلاّ ممن بلغ.

وأيضاً فقد ورد أن غلاماً من الأنصار شبب بامرأة في شعره، فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب، فلما كشف عن مؤتزره لم يجده أنبت، فقال: «لو أنبت الشعر لحددتك».

فكل ذلك يفيد أن نبات شعر العانة علامة من علامات البلوغ. وأمّا ما قاله أبو حنيفة فغير ظاهر: فإن شعر العانة قد امتاز عن غيره من الشعور بأنه لا ينبت إلا عند البلوغ، أما غيره فقد يتقدم البلوغ كشعر الجسد وقد يتأخر عنه كشعر اللحية والشارب.

«الثالث»: «السنّ»، وقد اختلف في تحديده فقيل: تقدر بخمسة عشر عاماً في الذكر والأنثى، وهذا هو قول الشافعي، وأحمد، وأبي يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية، وابن وهب، وابن الماجشون من المالكية.

وقال أبو حنيفة تقدر بسبعة عشر عاماً في الجارية، وبثمانية عشر في الغلام؛ لأن النماء في الإناث أقوى من النماء في الذكور.

وقال مالك: المعتبر سنّ لا يبلغها شخص إلا وقد احتلم.

وخلاصة القول: أن المسألة اجتهادية يرجع فيها إلى حكم العادة، وإن كان القول بأن السن المعتبرة هي =

واثنانِ تختصُّ بهما المرأة، وهو: الحَيْضُ، والْحَبَلُ.

أما السِّنُّ: هو أن يستكمل خَمْسَةَ عَشَرَ سَنَةً قَمَرِيَّةً؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ قَالَ: «عُرِضْتُ عَلَىٰ رَسُولِ اللَّهِ ـ ﷺ ـ فِي جَيْشٍ، وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ سَنَةً؟ فَلَمْ يَقْبَلْنِي»، ويُرْوىٰ: «لَمْ يَرَنِي»، و «عُرِضْتُ عَلَيْهِ مِنْ قَابِلٍ فِي جَيْشٍ، وَأَنَا ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً، فَقَبِلَنِي»، وَيُرْوى: «وَرَآنِي بَلَغْتُ»[1].

و [هل] يحكم بالبلوغ بالطعْن في الخامس عشر فيه؟ وجهان:

أصحُّهما: لا يحكم حتى يستكملها أو يطعن في السادس عشر.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: سِنُّ بلوغ الغلامِ ثَماني عَشْرة سنةً، وسِنُّ بلوغِ الجاريةِ سَبْعَ عشَرَةَ سنةً، والحديث حجَّة عليه.

وأمَّا الإنزال: فَهُو إنزالُ المَنِيِّ: فمتى وُجد من الرَّجُل أو المرأة بتسع ـ: يحكم ببلوغه؛ لقوله تعالى: ﴿فإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنكُمُ الحُلُم فَلْيَسْتَأْذِنوا﴾ [النور: ٥٩]، ولا يكونُ ذلك قبْلَ استكمالِ تِسْع سِنِينَ.

أمَّا الحَيْضُ: فهو بلوغٌ؛ لقوله ـ ﷺ ـ: «لا تُقْبلُ صلاةُ حائِضٍ إلاَّ بِخِمارٍ»[2]؛ فدلَّ

= خمسة عشر عاماً في الذكر والأنثى له ما يرجحه.

فقد ورد عن ابن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: عرضت على رسول الله ـ ﷺ ـ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة، فردني ولم يرني بلغت، وعرضت عليه يوم الخندق، وأنا ابن خمسة عشرة سنة فأجازني.

ولما أخبر بذلك عمر بن عبد العزيز كتب إلى عمّاله: «ألاّ تفرضوا إلاّ لمن بلغ خمس عشرة سنة». رواه الشافعيُّ.

فظاهر كلام ابن عمر يدلُّ على أن رسول الله ـ ﷺ ـ ردّه في الأول؛ لأنه لم يبلغ بالسن ولا بغيرها، وأجازه في المرة الثانية؛ لأنه قد بلغ بالسِّنِّ.

وتأويله بأنه أجازه لبلوغه بعلامة أخرى تأويل بعيد، ويتمشى مع ظاهر الكلام.

ينظر: كلام شيخنا سليمان رمضان عثمان في نظام الحجر، وينظر: القرطبي (٥/ ٣٥، ٣٦)، والزيلعي (٥/ ٢٠٣).

(١) أخرجه البخاري (٧/ ٣٩٢) كتاب المغازي: باب غزوة الخندق، حديث (٤٠٩٧)؛ ومسلم (٣/ ١٤٩٠)، كتاب الإمارة: باب بيان سن البلوغ، حديث (٩١/ ١٨٦٨)؛ وأبو داود (٤/ ٥٦١) كتاب الحدود، باب الغلام يصيب الحد، حديث (٤٤٠٦)؛ والترمذي (٤/ ٢١١)، كتاب الجهاد: باب حد بلوغ الرجل، حديث (١٧١١)؛ وابن ماجه (٢/ ٨٥٠)، كتاب الحدود: باب من لا يجب عليه الحد، حديث (٢٥٤٣)؛ وأحمد (٢/ ١٧) من حديث ابن عمر أن النبي ـ ﷺ ـ عرضه يوم أحد وهو ابن أربع عشرة فلم يجزه وعرضه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة فأجازه.

(٢) تقدم في كتاب الطهارة.

أنها تصيرُ بالحَيْض من أهل وجوبِ الصلاةِ عليها، وإذا حاضَتِ الجاريةُ بعد استكمال تسع سنين ـ: يحكم ببلوغها، فإنْ رأتِ الدمَ قبله ـ: لا يكون حيضاً، وقيل: إذا رأتِ الدَّمَ قريباً من التسع ـ: فهو حَيْضٌ، والتِّسْع للتقريب لا للتحديد:

فإن قلْنا بالأول: فلو رأتِ الدَّمَ قبل تسع سنين، وامتدَّ حتىٰ زاد علىٰ تسعِ سنين، ولم يزد على أكثر الحَيْضِ ـ: اختلفوا فيه؛ منهم من قال: ما رأت قبل تمامِ التسع دَمُ فسادٍ، وما رأتْ بعد تمامها حَيْضٌ، ومنهم من قال: الكلُّ حَيْض؛ لاتصالِ بعضه بالبعض.

أما الحَبَلُ: فلا يتحقَّق حتَّىٰ تضع، فإذا وضعَتْ يحكُم ببلوغها قبل الوضع بستَّة أشهرٍ وشيءٍ؛ لأن أقلَّ مدة الحمل ستة أشهر، هذا إذا كانَتْ ذات زوجٍ، فإن كانت مطلقةً، وأتت بولدٍ يلحق الزَّوْج، ويحكم ببلوغها قبل الطلاقِ، حتَّىٰ لو أتت به لدون أربعِ سنين مِنْ وقت الطلاق ـ: يحكم بالبلوغ قبيل الطلاق.

والإنباتُ بلوغٌ في المشركين، وهو نباتُ الشَّعْر الخشن حَوْل الفَرْج، لا الزَّغَب[١] والشَّعْر الضعيف.

والدليلُ عليه: ما رُوِيَ عن عَطِيَّة القَرَظِيِّ، قال: «عُرِضْنَا عَلَى النَّبِيِّ - ﷺ - يَوْمَ قُرَيظَةَ؛ فَكَانَ مَنْ أَنْبَتَ قُتِلَ، وَمَنْ لَمْ يُنْبِتْ خُلِّيَ سَبِيلُهُ، وَكُنْتُ مِمَّنْ لَمْ يُنْبِتْ فَخُلِّيَ سَبِيلِي»[٢].

ثم الإنبات في الكفَّار حقيقةُ بلوغ أم أمارة البلوغ؟ فيه قولان:

---

(١) صغارُ الريش والشَّعْر وليِّنُه، أو ما يبقى في رأس الشيخ عند رِقَّةِ شعره. الواحدة: زَغَبةٌ. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٣٩٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٥٤٦) كتاب الحدود: باب في الغلام يصيب الحد، حديث (٤٤٠٤، ٤٤٠٥)؛ والترمذي (٤/ ١٢٣)، كتاب السير: باب ما جاء في النزول على الحكم، حديث (١٥٨٤)؛ والنسائي (٦/ ١٥٥) كتاب الطلاق: باب متى يقع طلاق الصبي، (٨/ ٩٢)، كتاب قطع السارق: باب حد البلوغ، وذكر السن التي إذا بلغها الرجل أقيم عليهما الحد؛ وابن ماجه (٢/ ٨٤٩)، كتاب الحدود: باب من لا يجب عليه الحد، حديث (٢٥٤١، ٢٥٤٢)؛ وأحمد (٤/ ٣١٠، ٣٨٣، ٥/ ٣١١)؛ والحميدي (٢/ ٣٩٤) رقم (٨٨٨)؛ والدارمي (٢/ ٢٢٣)، كتاب السير: باب حد الصبي متى يقتل؛ والحاكم (٢/ ١٢٣)، كتاب الجهاد؛ والبيهقي (٦/ ٥٨) كتاب الحجر: باب البلوغ بالإنبات، كلهم من طرق عن عبد الملك بن عمير عن عطية القرظي به.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وقال الحاكم: حديث رواه جماعة من أئمة المسلمين عن عبد الملك بن عمير ولم يخرجاه وكأنهما لم يتأملا متابعة مجاهد بن جبر عبد الملك على روايته عن عطية القرظي.

ثم أخرجه (٢/ ١٢٣) من هذا الطريق وقال: فصار الحديث بمتابعة مجاهد صحيحاً على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

إن قلنـا: هو حقيقةُ بلوغ فيهم ـ فيكون بلوغاً في المسلمين.

وإن قلنا: أمارة بلوغٍ فيهم، فهل يكونُ في المسلمين أمارةَ بلوغ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يكون أمارةً؛ كما في حقِّ الكُفَّار؛ لأن الإشكال حَقٌّ نفع في حقِّ المسلمين؛ كالنفع في حَقِّ الكفار.

والثاني ـ وهو ظاهر النص ـ: لا يكون أمارةً في حق المسلمين؛ لأن المسلمين يمكنُ الوقوف على معرفة بلوغهم بالسِّنِّ بالرجوع إلى آبائهم المسلمين، وفي الكُفَّار: لا يقبل فيه قول الكُفَّار.

وعند أبي حنيفة: الإنباتُ يكونُ بلوغاً في المسلمين وفي الكفَّار، ونباتُ شَعْر الإبْطِ قريبٌ مِنْ نبات شَعْر العانَة.

أما نباتُ الشَّارب: فلا يحكم به، وكذلك: ثقلُ تراجع الصَّوْت، ولغة نتوءُ[1] طرف الحُلْقوم، ونُهُودُ الثَّدْيَيْنِ، وانفراق الأرنَبَة: لا يحكم بشيء منها.

أما الخُنْثَى المُشْكِلُ: إن أمنَىٰ من الذَّكَر والفَرْج ـ: حكم ببلوغه؛ لأنه إن كان رجلاً فهو أمنَىٰ من الذكر، وإن كانت أنثى فقد أمْنَتْ من الفَرْج، ولو أمْنى من الذكر دون الفرج، أو من الفرج دون الذكر ـ: لا نحكم ببلوغه؛ لاحتمال أن يحيض من الفرجِ، وكذلك: لو حاض من الفرج، ولم يُمْنِ مِنَ الذكر، أو أمنىٰ وحاض من الفرج ـ: لا نحكم ببلوغه، ولو أمنىٰ من الذكر، وحاض من الفرج ـ: نحكم ببلوغه؛ لأنه إن كان رجلاً فقد أمنى من الذكر، وإن كانت امرأة فقد حاضت من الفرج.

وإذا بلغ الصبيُّ لا يزال الحَجْرُ عنه، ولا يُدفَعُ إليه مالُهُ، حتى يختبر، فإن كان رشيداً ـ فُكَّ الحجر عنه، ودُفع المالُ إليه، ولا يُسْتَدامُ الحجر عليه.

قال الله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا ٱلْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَٱدْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

والاختبار: يختلف باختلافِ أحوالِ الناس، وإن كان الصبيُّ من أبناء التُّجارِ فيختبر في أمر البيع والشراء، وإن كان من أولاد الزراعيين ففي الزراعة والإنفاق على الأجراء والعبيد، وإن كان محترفاً ففي أمر تلْكَ الحرفة، وإن كانت امرأةً ففي أمر البَيْت وحفْظِ الأقمشة، ولا يحْصَلُ ذلك بمرَّة واحدةٍ، بل مَرَّتَيْن فأكثر؛ لأن المرَّة الواحدة قد توافقُ الصَّواب، ويختلفُ ذلك باختلاف الناس، فمنهم من يُصانُ عن السُّوق والاختلاط مع الناس؛ فاختباره أقربُ ممَّن اعتاده، واختلفوا في وقت الاختبار، منهم من قال: بعد البلوغ؛ لأنَّ المقصود منه نفود

---

(١) أي بروز: المعجم الوسيط ٢/ ٨٠٩.

تصرُّفه، ولا يصحُّ تصرُّفه قبل البلوغ؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُوا ٱلۡيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰ....﴾ الآية [النساء: ٦]، واليتيمُ اسْمٌ لمن لم يبلغ، والوليُّ يدفع إليه شيئاً يسيراً من المال، وينظر إليه في مساومته ومماكسته[١]، وإذا آل الأمر إلى البيع عقده الوليُّ، ولا يدفع المال إليه، ولا يصحُّ تصرُّفها إلاَّ بعد اجتماع أمرَيْن: البلوغِ، والرُّشْد، وإذا اجتمعا دفع المال إليه، رجلاً كان أو امرأة، نكحت أو لم تنكح.

وعند مالك ـ رحمة الله عليه ـ: إن كانت امرأةً لا يدفع المال إليها حتى تنكح، فإذا نكحت دفع المال إليها، ولكن لا ينفد تصرُّفُها إلاَّ بإذن الزَّوجِ ما لم تَصِرْ عجوزاً.

والرشد[٢]: هو أن يكون مُصْلحاً في دينه وماله؛ فالصلاح في الدِّين ألاَّ يرتكبَ من المعاصي ما تردُّ به شهادته، والصلاحُ في المال: ألا يكون مُبَذِّراً، والتبذيرُ: أن ينفق مالَهُ فيما لا يكونُ فيه مَحْمَدَةٌ دنياويةٌ، ولا مثوبة أخرويةٌ؛ مثل: أن ينفق في أنواع الفِسْقِ، أو يرمي في البحر، أو يغبن في البيع غَبْناً فاحشاً، نحو ذلك، فإنْ كان ينفقُ ماله في وجوه الخير؛ من الصَّدقة، وضيافَةِ أهْلِ الخير، وبناءِ المساجِدِ ـ: فلا يكون مبذِّراً، وكذلك: إذا كان تصرُّفه في مباح بأن يشتري الجوارِيَ، وينكح أربْع نسوة، ويلبس اللَّيِّنَ، ويأكل الطَّيِّب؛ لأنَّ المال معدٌّ لهذه الوجوه، فإن بلغ مفسداً في دينه مُفْسداً لماله ـ: لا يزول الحجر عنه، ولا يُدْفعُ المال إليه، ولا ينفد تصرُّفُهُ.

---

(١) المماكَسَةُ: ماكسه في البيع مماكسة: طلب منه أن ينقص الثمن، وماكسه: نابذه وحاجَّه. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٨٨١).

(٢) أمّا الرشد فقال كثير من العلماء: إنه الصلاح في المال، وحسن التصرف فيه، وتثميره، وتنميته.
وذهب الشافعي، وجماعة إلى أن المراد به الصَّلاح في المال والدين.
أما طرقُ معرفته: فتختلف باختلاف أحوال المختبر نفسه، فهي في الذكور الذين يخالطون الناس في الأسواق وغيرها، تختلف عنها في الإناث اللاَّتي لا يخالطن الناس في الأسواق، والأمر في معرفة الرشد ليس من السهولة بالدرجة التي تظن، فالذين يخالطون الناس في الأسواق يختبرون بدخول الأسواق، ومخالطة من فيها، حتى يشاهدون ما يجري بين الناس من بيع، أو شراء، فينكرون على المغبون، ويغبطون الرابح، وبذلك تحصل لهم الخبرة، ويثبت لهم الرشد.
والذين لا يختلطون بالناس في الأسواق ممّن يسمّون الطبقة العليا، يدفع إليهم نفقة قليل من الزمن؛ ليرى كيف ينفقونها، ويتصرفون فيها، فإن أحسنوا النظر في تصرفها فقد استبان رشدهم، وثبت استقامةُ نظرهم، وإلا فهم على السَّفه وعدم الرشد.
أمّا الإناث فيختبرن بدفع قليل من المال، لشراء ما يلزم للبيت من حاجيات الطهي، وما إلى ذلك من كل ما يختصُّ به النساء عادة، فإن تبين من صنيعهن حسن التصرف، واستقامة النظر ـ فقد تحقق رشدهن.
ولم يختلف العلماء في أن الصَّبي إذا بلغ رشيداً زال الحجر عنه، ووجب دفعُ ماله إليه، وإنما اختلفوا في وقت اختباره، ومعرفة متى يحسن التصرف.

. . . .

= فقال أبو حنيفة، والشافعي وأحمد في إحدى الروايتين عنه: إن الاختبار قبل البلوغ، والمعنى: وبعد التمييز.

وذهب مالك إلى أن الاختبار ـ: بعد البلوغ.

وقد احتج أبو حنيفة، ومن ذهب مذهبه:

«أولاً»: بالغاية من قول الله تعالى: ﴿حَتَّى إذا بَلَغُوا النِّكاحَ﴾ فقد جعل الله بلوغ النكاح، وإيناس الرشد غاية، وحداً للابتلاء، وإنما الغاية بعد المغيا؛ فكان الاختبار قبل البلوغ لا بعده.

«ثانياً»: وصفهم في الآية بوصف اليتم، فإنما اليتيم من لم يبلغ، وقد جعل الله الابتلاء لليتيم، فكان الاختبارُ قبل البلوغ لا بعده.

«ثالثاً»: أن الاختبار لو كان بعد البلوغ لزم أن يحجر عليه، وهو بالغ رشيد، وذلك ما لم يذهب إليه ذَاهِبٌ.

وقد نوقشت هذه الأدلة:

«فأمّا الأول» فقد رده المالكية؛ بأن الغاية في الآية ليست للاختبار والابتلاء، وإنما هي غاية لتسليم أموالهم إليهم، إذا بلغوا راشدين، فكان الابتلاء والتسليم كلاهما بعد البلوغ.

«وأما الثاني»: فقد ردّه المالكية؛ بأن اسم اليتم أطلق عليهم باعتبار ما كان، وقد وقع في القرآن الكريم أن أطلق هذا الاسم على البالغين، قال تعالى: ﴿ وَآتُوا الْيَتَامَى أَمْوالَهُمْ﴾، والاتفاق قائم على أن المراد غير الصغار.

«وأمّا الثالث»: فقد ردَّهُ المالكيةُ بأن الرشد، وحسن التصرف إنما يعرف بالابتلاء، فما لم يبتل لم يثبت رشده.

والدليل لمالك أن حكمة الاختبار إنما هي لتبين الرشد، فإذا لم يكن قبل البلوغ رشد، فلا وجه لاختياره، ثم هو قبل البلوغ عديم القيمة، لا تترتب عليه ثمرة؛ إذ لا يسلم إليه ماله.

والذي تطمئن إليه النفس ما ذهب إليه الأوَّلون من أن الاختبار قبل البلوغ، والقصد تعويد الصغير كيف يبيع، وكيف يشتري وكيف يساوم، ويغالب، حتى تكمل له بالممارسة ملكة التصرف على خير الوجوه وأحسنها. والتعلم في الصغر كالنقش في الحجر يظهر ويثبت ولا يضيع. والتعلم في الكبر كالنقش على الماء يخفى ولا يستقر؛ ثم هو زائل ضائع، وصحيح أن المقصود من الاختبار تبين الرشد، وذلك لا يمنع أن يكون له مقدماته ووسائله، وتخريج المالكية الآية: ﴿وَابْتَلُوا اليتامى﴾ غير ظاهر عندي، فإن الغاية ظاهرة في مطلوب غيرهم، وليس فيها ما يدل على مجازية لفظ اليتامى.

ذهب أبو حنيفة، وأحمد، ومالك، إلى أن الولي يدفع إلى المحجور عليه جزءاً من المال، ويبيح له التصرف فيه، ثم يترقب عمله، فإن كان صواباً علم رشده، ووجب دَفْعُ المال إليه، وإن كان خطأً كان باقياً على سفهه لا يرتفعُ الحجرُ عنه.

وذهب الشافعي إلى أن الولي يدفع إليه قدراً من المال، ويمتحنه في المساومة، حتى إذا آل الأمر إلى العقد تولاَّه الولي، فإن تصرف الصبي غير نافذ.

استدل الأولون:

وقال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إن كان مصلحاً لماله يسلم إليه، وإن كان مفسداً في دينه، فإن كان مفسداً في المال لا يسلَّم إليه حتى يبلُغَ خَمْساً وعشرين سنةً.

قلنا: الله ـ جَلَّ ذكره ـ علَّق دفْعُ المالِ إليه بالبلوغِ، وإيناسِ الرشدِ، ولم يفصِّل بَيْنَ مَن يبلغ خمساً وعشرين وبَيْنَ مَنْ لم يبلغ.

وإذا بلغ رشِيداً، ودُفِعَ المال إليه، ثم صار مبذِّراً في ماله ـ: يعاد الحَجْرُ عليه.

وإن صار مفسداً في دينه، هل يعاد؟ فيه وجهان:

أصحهما: يعادُ؛ كما يستدام في الابتداء.

والثاني: لا يعادُ بخلاف الابتداءِ؛ لأنَّ الأصل هناك الحجر، وههنا زواله.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إذا بلغ رشيداً، ثم عاد سفيهاً ـ: لا يحجر عليه.

= «أولاً»: بقول الله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا ٱلْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَٱدْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾.

ووجه الدلالة في الآية أن الله أمر الأولياء باختبار حال اليتامى، وهذا الاختبارُ لا يتحقق إلا بدفع شيء من المال إليهم، وتفويض التصرف فيه بالبيع والشراء، وغير ذلك حتى يظهر أيغبنون في البياعات، فيكون على الحجر، أولاً فيسلم المال إليهم.

«ثانياً»: إن المختبر عاقل مميز محجور عليه، ويصح تصرفه بإذن وليِّه؛ كالرقيق صح تصرفه بإذن سيده.

وقد يقال على الأول: إن الابتلاء قد يكون بإحضار المحجور عليه مجالس البيع والشراء، وإرشاده وسؤاله عما يكون به صلاح المال، فإن عقل كان رشيداً، ودفع إليه ماله، وإلا ظل محجوراً عليه، وليس يلزم أن يكون ذلك بدفع شيء من المال؛ فضلاً عن صحة تصرُّفه، ففيه مضيعة للمال. ولكن يقال: إنّ الممنوع هو إعطاؤه كل المال، واستقلاله بالتصرف فيه. وأمّا إعطاؤه جزءاً من المال بقصد الامتحان، فليس بمضيعة.

وقد استدل الشافعيّ بأن العقل حال باطن، لا نمكن الوقوف منه على الحدِّ الذي يصلح معه التصرُّف لخفائه، فجعل الشارع له ضابطاً هو البلوغ عن رشد، فلا تثبت له أحكام العقلاء قبله، ومنها صحة تصرف المحجور عليه. وبأن المحجور عليه الصغير غير مكلف، فأشبه غير المميز، فلا تثبت له أحكامُ المكلفين.

وقد ردّ الأول بأن العقلَ لا يمكن الاطلاع عليه، ولكن إذا جرت تصرفاته على وفق المصلحة علمنا رشده، وإلا نعلم منعنا. ورد الثاني بأن هناك فرقاً بين المميز، وغير المميز، فإن غير المميز عديم العقل أصلاً، والمميز ناقصه فقط، ثم إن غير المميز لا حاجة إلى اختباره، لأن حاله معلوم.

والذي يظهر لي رجحانُ ما ذهب إليه الجمهورُ فإن المساومة بالفعل، واستقلالَ الصبي بها ـ أدل على رشده، أو عدم رشده من المساومة بدون استقلال.

ينظر: كلام شيخنا سليمان رمضان عثمان في نظام الحجر، وينظر المغني (٤/٥١٨)، ومنح الجليل (٣/ ١٦٥، ١٦٦)، وفتح العزيز (١٠/ ٢٨٤).

ومثل قولنا يُروىٰ عن عثمانَ وعليٍّ والزُّبير ـ رضي الله عنهم ـ وذلك ما رُوي أنَّ عبد الله بن جعفرٍ اشْتَرىٰ سبخة[١] بثلاثين ألفاً، فبلغ عَلِيّا ـ رضي الله عنه ـ فعَزَم أن يسأل عثمانَ أن يحْجُرَ عليه؛ فجاء عبد الله بن جعفر إلى الزُّبير، فذكر أن عليّا ـ رضي الله عنه ـ يُريدُ أن يسأل عثمان ـ رضي الله عنه ـ أن يَحْجُر عليه، فقال الزبير ـ رضي الله عنه ـ: أنا شريكُكَ، فجاء عليٌّ إلى عثمان ـ رضي الله عنهما ـ فسأله أن يحجر عليه، فقال: كَيْفَ أَحْجُرُ على من كان شريكَهُ الزُّبَيْر[٢]؟!

وجه الدليلِ، منه: أنهم اتفقوا على جواز الحجر على المبذِّر.

وإذا بلغ الصبيُّ غير رشيدٍ ـ: يستديمُ الحجر عليه مَنْ كان وَليّا له في الصغر من أبٍ، أوْ جَدٍّ، أو وصيٍّ أو قيِّم، وإن لم يكن له قيمٌ فلا يزولُ الحجْرُ عنه، والحاكم يستديم.

وإذا بلغ الصبيُّ رشيداً، هل يزولُ الحجْرُ عنه؟ فيه وجهان:

قال ابن سُرَيج: يزولُ؛ كالمجنونِ، إذا أفاقَ: يزولُ الحَجْرُ عنه بالإفاقة.

والثاني ـ وهو الأصح ـ: لا يزولُ حتَّى يرفع الحجر عنه.

ثم إن كان له أبٌ أو جَدٌّ: يرفع الحجر عنه؛ كما يستديم إذا لم يكنْ رشيداً، وهَلْ يرفعه الوصيُّ والقيِّم؟ فيه وجهان:

أحدهما: يرفعان، كالأب والجد.

والثَّاني: لا يرفعان؛ لأنهما يليان بالتفويض، وإنما فُوِّضَ إليهما الحفظ والتصرُّف؛ لإزالة الحجر، بل يزيلُهُ الحاكمُ.

فإن قلنا: لا يزولُ عنه الحجر ـ فقبل أن يرفع الحجر عنه: حُكْمُ تصرفاته حُكْمُ تصرفات المحجور عَلَيْه بالسَّفَهِ.

أمَّا إذا بلغ الصبيُّ رشيداً، أو زال الحَجْرُ عنه، ثم عاد سفيهاً ـ:

فقد قيل: يصير محجوراً عليه بنفس السفه وليس بصحيح.

والصحيح: أنه لا يعودُ الحجْرُ حتَّى يحجر عليه الحاكم؛ لأنه مجتهد فيه، ولا يحصُلُ من الأب والقيِّم؛ بدليل أن عليّا ـ رضي الله عنه ـ أتى عثمانَ ـ رضي الله عنه ـ وسأله أن يَحْجُرَ على عبد الله بـن جعفر، وإذا عاد بعده رشيداً ـ: لا يزول الحجر عنه ما لم يرفعه الحاكمُ؛ لأنَّ الحجر كان مِنْهُ، ولا يرفعه الأب والجَدُّ.

---

(١) أرض سَبِخَةٌ: ذاتُ ملح ونزٍّ لا تكادُ تُنْبِتُ.

(٢) تقدم في كتاب البيوع.

وإذا جُنَّ الرجُلُ ـ: يصير محجوراً عليه بنفس الجنونِ.

وإذا بلغ الصبيُّ مجنوناً ـ: فأَمْرُهُ إلى مَنْ كان يلي أمره في الصغر من أب، أو جَدٍّ، أو قيِّم، وإن بلغ عاقلاً، ثم جُنَّ، ولِه أب أو جَدٌّ ـ: فالصحيحُ من المذهب: أن أمره إلى الأبِ والجَدِّ دون الحاكم؛ كمن بلَغ مجنوناً.

وقيل: أمره إلى الحاكِم؛ لأنَّ ولاية الأبَ قَدْ زالتْ بالبلوغ، فلا يعود بعده كَمَنْ بلغ رشيداً، ثم عاد سفيهاً: كان أمره إلى الحاكم.

فَصْلٌ في تصَرُّفاتِ السَّفِيهِ

إذا حجر القاضي على رَجُلٍ بالسفه ـ: ينبغي أن يُشْهِدَ عليه؛ حتَّى لا يعامله الناس، والإشهادُ غيرُ شَرْطٍ لانعقاد الحجر، ولو اشترى المحجورُ عليه بالسَّفَهِ شيئاً، سواءٌ ٱشترى في الذمَّة أو بعين، أو باع شيئاً أو وهب أو اتَّهَبَ أو أعتَقَ، أو كاتب عبداً ـ: لا يصحُّ شيء منها، ولو اشترىٰ شيئاً، وقبضه، فتلف في يده، أو أتلفه ـ: لا ضمان عليه في الحال، ولا يعد فكاك الحجر عنه؛ كالصبيِّ إذا اشترىٰ، فهلك في يده، أو أهلكه وليُّهُ ـ له أن يستردَّ الثمن من البائع، إن كان قد قبض، وكذلك لو استقرض شيئاً، فهلك في يده: يتعلَّق الضمانُ بذمَّته حتى يعتق؛ لأنَّ الحجْرَ على العبد لحقِّ المولى؛ فإذا زال حقُّه ـ ضمنَ، والحَجْرُ على السفيه لحقِّ نفسه، فإذا لم يضمَنْ في الحال ـ: لا يضمن بعده؛ كالصبيِّ غير أن الصبيَّ لا يكونُ مؤاخذاً بينه وبين الله تعالى، والسفيهُ: يكون مؤاخذاً؛ لأنَّه مُكلَّف.

ولو اشترى السفيهُ بإذْن الوَليِّ، أو باعَ، وعَيَّنه الوليُّ، هل يصحُّ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصح؛ كالنكاح.

والثاني: لا يصحُّ، وهو الأصح؛ بخلاف النكاح؛ لأن المقصود من النكاح الوُصْلة، والمالُ فيه تبعٌ؛ بدليل أنه ينعقدُ ذلك من غير المال، والحجرُ عليه لحفْظِ المالِ دون البدنِ، والمقصودُ من البيع: المالُ؛ فلم يصحَّ منه.

ولو أتلف السفيهُ مالاً لإنسانٍ، أو غَصَبَهُ ـ: يلزمه الضمان؛ كما لو قتل إنساناً: يلزمه القصاص.

ولو أودع رجُلٌ منه شيئاً، فتلف في يده ـ: لا ضمان عليه، ولو أتلفه: فقولان، فكذلك: الصبيّ.

أحدهما: يضمن؛ كما لو أتلف مالاً من غير إيداع.

والثاني: لا يضمنُ؛ لأن التفريطَ وُجِد من جهة المَالِك؛ حيث أودعه.

ويقع طلاقُ السفيهِ، ويصحُّ منه الخَلْعُ والمراجعةُ بغير إذن الوليِّ، ويصحُّ نكاحه بإذن الولِّي، ولا يصحُّ بغير إذنه، ويصحُّ إحرامه بالحجِّ بغير إذن الوليِّ، ثم إن كان حج التطوُّع ـ: للوليِّ أن يحلِّله، إن كان ما يحتاجُ إليه للحجِّ زيد على نفقته.

ولو نذر أنْ يتصدَّق ـ: تعيَّن، ولا ينعقد نذره، ولو نذر في الذمة ينعقد، ولو حلف انعقد يمينه، وإذا حنث كَفَّرَ بالصوم، فمن حيثُ إنَّه مكلَّف صحَّ يمينه، ومِنْ حيث إنه ممنوعٌ من التصرُّف في المال ـ: كفَّر بالصوم كالعَبْدِ.

وإذا أقرَّ لإنسانٍ بمالٍ ـ: لا يقبل إقرار؛ كالصبيِّ سواء أقرَّ بعين، أو بدَيْنِ معاملةٍ، أو بدَيْنِ إتلافٍ، أو سرقة، أو جناية خطإٍ، أو عمد سواء أقرَّ بدَيْنٍ لزمَهُ قبل الحجر أو بعده، وإذا انفكَّ الحجْرُ عنه ـ: لا يطالب بما أَقرَّ؛ فلو ادعَىٰ عليه دَيْن معاملةٍ لزمه قبل الحجر، أو دَيْن إتلافٍ لزمه قبل الحجر أو بعده ـ نُظِر: إن كانت له بيِّنةٌ عليه ـ: تسمع، وإن لم تكن له بيِّنة ـ: هل تسمع أم لا؟

إن قلنا: النكولُ ورَدُّ اليمينِ بمنزلة الإقرارِ ـ: لا تسمع، وإن قلنا: كالبيِّنة ـ: تسمع.

وإن ادَّعى معاملةً بعد الحجر ـ: لا تسمع، وإن كان عليه بيِّنةٌ، ولو أقرَّ على نفسه بما يوجب عقوبةً مِنْ حَدٍّ أو قصاصٍ ـ: يقبل، ويقام عليه.

ولو أقرَّ بسرقةٍ موجبة القطعِ ـ: يقبل قولُهُ في القطْعِ، وهل يقبل في المالِ؟ فيه قولان.

ولو أَقرَّ بقصاصٍ، فعفَا على المال ـ: ثبت المالُ، ولو أَقرَّ بنسبٍ ـ: يثبت النسبُ؛ لأنَّه ليس بمالٍ، ثم ينفق عليه من بيت المالِ؛ لأنه محجورٌ عليه في المالِ كالعبد، والله أعلم.

كتابُ الصُّلْحِ[1]

روى عُمَرُ بْنُ الخطَّابِ ـ رضي الله عَنْهُ ـ أَنَّه قَالَ: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ المُسْلِمِينَ إلاَّ صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً»[2]. ويُرْوى هذا مرفوعاً إلى النبي ـ ﷺ ـ[3].

المصالحة عن المالِ جائزةٌ، إذا كان المُدَّعى عليه مُقِرّاً، ثم لا يخلو: إما أن كان المُصالحُ عنه عيناً أو دَيْناً: فإن كان عيناً ـ تُظِرَ: إن كان صُلْحَ معاوضة، مثل: إن ادَّعىٰ داراً، فأقرَّ له بها فصالَحَهُ على عبدٍ أو ثوب ـ: صَحَّ، وهو بَيْعٌ ثَبَتَ فيه خيار المكان، وخيارُ الشَّرْط، والرَّدُّ بالعيب، والشفعة.

---

(١) الصُّلحُ لغةً: اسم مصدر، لـ: صالحه مُصَالحة، وصِلاَحاً بكسر الصاد.
قال الجوهري: والاسم: الصُّلْحُ، يذكَّر ويؤنث، وقد اصطلحا وصَالَحَا وصّالحا مشدّد الصاد، وصلح الشيء بضم اللام وفتحها.
انظر: لسان العرب (٤/ ٢٤٧٩).
واصطلاحاً:
عرفه الحنفيَّة بأنه: عَقْدٌ وُضِعَ لرفع المناصبة.
عرفه الشافعية بأنه: عَقْدٌ يحصل به قَطْعُ النزاع.
عرفه المالكية بأنه: انتقال عن حَقٍّ، أو دعوى بِعِوَضٍ لرفع نزاع، أو خوف وقوعه.
عرفه الحَنَابلة بأنه: مُعَاقَدَةٌ يتوصَّلُ بها إلى مُوَافَقَةٍ بين مختلفين.
انظر: شرح فتح القدير (٨/ ٢٣)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٤٧٢)، أسنى المطالب (٢/ ٢١٤)، مغني المحتاج (٢/ ١٧٧)، شرح منح الجليل (٣/ ٢٠٠)، مواهب الجليل (٥/ ٨١)، الشرح الصغير (٤/ ٥٣٠)، كشف القناع (٣/ ٢٩)، المغني (٤/ ٥٢٧).

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٠٦ ـ ٢٠٧)، كتاب الأقضية، باب: كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري، حديث (١٥، ١٦)؛ والبيهقي (٦/ ٦٥)، كتاب الصلح: باب صلح المعاوضة وأنه بمنزلة البيع.

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٣٦٦)؛ وأبو داود (٤/ ١٩)، كتاب الأقضية: باب في الصلح، حديث (٣٥٩٤)؛ وابن =

. . . .

= الجارود رقم (٦٣٨)؛ وابن حبان (١٩٩ ـ موارد)؛ والدارقطني (٣/ ٢٧) كتاب البيوع، حديث (٩٦)؛ والحاكم (٢/ ٤٩)؛ والبيهقي (٦/ ٦٤)، كتاب الصلح: باب صلح المعاوضة، كلهم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال: «المسلمون على شروطهم والصلح جائز بين المسلمين».

قال الحاكم: رواة هذا الحديث كلهم مدنيون.

وقال الذهبي في «تلخيص المستدرك»: لم يصححه وكثير ضعفه النسائي وقواه غيره.

وقال في موضع آخر (٤/ ١٠١): حديث منكر.

لكن للحديث طريق آخر عن أبي هريرة.

أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٧) كتاب البيوع، الحديث (٩٧)؛ والحاكم (٢/ ٥٠) من طريق عبد الله بن الحسين المصيصي ثنا عفان ثنا حماد بن زيد عن ثابت عن أبي رافع عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «الصلح جائز بين المسلمين».

وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين وهو معروف بعبد الله بن الحسين المصيصي وهو ثقة.

وتعقبه الذهبي بقول ابن حبان في عبد الله بن الحسين فقال: قال ابن حبان يسرق الحديث.

وللحديث شاهد من حديث عمرو بن عوف المزني.

أخرجه الترمذي (٣/ ٦٣٤) كتاب الأحكام: باب الصلح بين الناس، حديث (١٣٥٢)؛ وابن ماجه (٢/ ٧٨٨)، كتاب الأحكام: باب الصلح، حديث (٢٣٥٣)؛ والدارقطني (٣/ ٢٧) كتاب البيوع، حديث (٩٨)؛ والحاكم (٤/ ١٠١)؛ والبيهقي (٦/ ٦٥)، كتاب الصلح: باب صلح المعاوضة، كلهم من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» لفظ الترمذي.

وقال الترمذي: حسن صحيح.

وسكت عنه الحاكم وتعقبه الذهبي فقال: واهٍ.

وكثير بن عبد الله

قال النسائي في «الضعفاء والمتروكين» (٥٢٩): متروك الحديث وذكره الدارقطني أيضاً في «الضعفاء والمتروكين» (٤٤٦).

وقال الحافظ في «التقريب» (٢/ ١٣٢) رقم (١٧): ضعيف منهم من نسبه إلى الكذب.

وقد عقب الذهبي في «الميزان» (٣/ ٤٠٦) على تصحيح الترمذي لهذا الحديث فقال: «وأما الترمذي فروى من حديثه ـ أي كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف ـ: الصلح جائز بين المسلمين وصححه فلهذا لا يعتمد العلماء على تصحيح الترمذي اهـ.

وقال المباركفوري في «تحفة الأحوذي» (٤/ ٤٨٧): وفي تصحيح الترمذي هذا الحديث نظر فإن في إسناده كثير بن عبد الله بن عوف وهو ضعيف جداً، قال فيه الشافعي وأبو داود: هو ركن من أركان الكذب وقال النسائي: ليس بثقة. وقال ابن حبان: له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة، وتركه أحمد وقد نوقش الترمذي في تصحيح حديثه، قال الذهبي: أما الترمذي فروى من حديثه: الصلح جائز بين =

وإن كان المدعى به ديوناً، وصالحه على ما يوافقُهُ في العلَّة؛ مثل: إن صالحه من الحنطة على الشَّعيرِ، أو مِنَ الدراهمِ على الدنانيرِ ـ: يُشْرَطُ القبض في المجلس.

وما يفسد البيعَ من الغَرَرِ والجهَالة والشَّرْط الفاسد ـ: يفسد هذا الصلح.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إذا كان المصالحُ عنه مجهولاً ـ: جاز الصلح.

وبالاتفاق: لو كان المصالَحُ عليه مجهولاً ـ: لا يصح؛ فنقيس عليه؛ لأنَّ المصالَحَ عنه أحَدُ العوضين في الصلح؛ كالمصالَحِ عليه.

ولو صالحه عنه على منفعة دارٍ، أو خدمة عبْد مدَّةً معلومةً ـ: جاز، فكأنَّه استأجر الدارَ أو العَبْدَ بالعَيْن التي يدَّعيها، وإن كان صلح حطيطة؛ مثل [أن] ادعَىٰ عليه داراً أو عَيْناً أخرىٰ، فصالحه على نصفها ـ: صَحَّ، وجعل كأن المدعي وهب منه نصفه؛ فيشترط منه ما يشترط فيما لو وَهَبَ من رجلٍ شيئاً، وهو في يد المُتَّهِبِ مِنَ القَبُولِ ومضيِّ إمكان القبض، وفي الإذن في القبض قولان، وهل يصحُّ بلفظ «الصلح»؛ بأن قال: صالحتُكَ على نصفها ـ، أمْ يشترط أن يكونَ لفظ صالح للتمليك؛ كالهبة، والتمليك؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يصحُّ إلا بلفظٍ صالحٍ للتمليك؛ لأنه هبةٌ؛ فلا يصح بلفظ الصلحِ.

والثاني: يصحُّ؛ لأنَّ اللفظ موضوع له؛ كما يحصل التمليك في العُمْرىٰ بلفظ الإعْمَارِ.

أما إذا كان المُصالح عنه دَيْناً ـ نُظِر: إن كان صُلْحَ معاوضةٍ، مثل: إن ادَّعىٰ عليه دراهمَ، فصالحه على عَيْنٍ ـ: جاز، وهل يشترط قبض المعيَّن[1] في المجلس؟ ـ نُظِرَ: إن كان المصالَحُ عنه مالَ الربا، وصالحه على ما يوافقُهُ في العلَّة ـ: يشترط؛ وإلاَّ فعلى وجهين:

أحدهما: يشترط حتَّى لا يكون بَيْعَ دينٍ بدَيْن.

والثاني: لا يُشْترطُ؛ لأنه بَيْعُ عين بدَيْن؛ كما لو باع عيناً بثمنٍ في الذمَّة.

ولا يشترطُ قبض العَيْن في المجلس، وإن لم يكنْ ما صالح عليه مُعَيناً حالَةَ الصُّلْح، هل يجوز؟ فيه وجهان.

= المسلمين وصححه فلهذا لا يعتمد العلماء على تصحيحه. وقال ابن كثير في إرشاده: قد نوقش أبو عيسى يعني الترمذي في تصحيحه هذا الحديث وما شاكله. اهـ.
والحديث صححه الألباني بمجموع طرقه. انظر الإرواء (٥/ ١٤٢ ـ ١٤٤) وقد حسن حديث أبي هريرة بمفرده.

(١) في أ: العين.

فإن جوَّزنا: يشترطُ التعيينُ في المجلس، وفي القبض وجهان؛ كما ذكرنا في الاستبدال عن الدَّيْن.

وإن كان صُلْحَ حطيطة؛ مثل: إن صالح عن ألفِ درهمٍ على خمسمائة ـ: صَحَّ، ولا يشترط قبض الخمسمائة الباقية في المَجْلِسِ؛ لأنه ليس بمعاوضة، وهل: يصحُّ بلفظ الصلح؛ فيقول: صالحتُك على خمسمائة؟ فيه وجهان:

أصحهما: يصحّ.

والثاني: يشترطُ لفظ الإبراء؛ فيقول: صَالَحْتُكَ على خمسمائة، وأبْرأتُكَ عن الباقي، أو يقول مَنْ عليه: أبرئْني عن خمسمائة، وخذ الباقي.

ولو صالح عن ألْفِ درهمٍ على خمسمائة معيَّنة، هل يجوز؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: يجوز.

وقيلَ: لا يجوزُ؛ لأنه بيع ألف بخمسمائة، وإنْ كان له على إنسانٍ دَيْنٌ، فصالحه من جنسه علىٰ أكثر؛ لم يصحَّ، ولو صالح عن ألفٍ صحاحٍ على خمسمائة مكسَّرة ـ: جاز، ويسقط عنه خمسمائة، ولا يلزمه قبول المكسَّر في الخمسمائة الباقية، بل هو وعدٌ إن شاء وَفَىٰ به، وإن شاء لم يَفِ.

ولو صالح عن ألْفٍ مكسَّرة على خمسمائة صحاحٍ ـ: لم يجُز، ولا يسقط شيء؛ لأنه شرط فضل الصحَّة في مقابلة ما أسقط؛ وكذلك: لو صالح عن ألفٍ حالَّة على خمسمائة مؤجَّلة: جاز، وسقطت عنه خمسمائةٍ، ولا يلزمُ الأجَلُ في الباقي.

ولو صالح عن ألْفٍ مؤجَّلة على خمسمائة حالَّة ـ: لم يجز؛ لأنه جعل الحلول في الباقي بمقابلة ما أسقط من المال.

ولو مات عن اثنين، قال أحدُهما لصاحبه: تركْتُ نصيبي من الميراث إلَيْك، فقبل ـ: لم يصح؛ لأنَّه حقٌّ لازمٌ لا يترك بالترك، بلْ إن كان عَيْناً لا بُدَّ مِنْ تمليكٍ وقبولٍ، وإن كان ديناً فمن إبراءٍ، وكذلك: لو قال أحد الشريكَيْنِ للآخر أو رَبُّ الدَّيْن للمديون: تركْت الدين إليك؛ لأنَّ معناه: تركْتُ الخصومَةَ.

ولو قال أحدُهما: صالَحْتُك مِنْ نصيبي علىٰ هذا الثَّوْبِ ـ: صَحَّ إذا كانت التركةُ معلومةَ الجنْسِ، والقَدْر، وإن كانت التركةُ دَيْناً في ذمَّة أحدهما[1]، فصالحه مِنْ نصيبه على شيء ـ: جاز، وإنْ كان دَيْناً في ذمة أجنبيٍّ، فصالح أحدهما صاحبه مِنْ نصيبه على شيء ـ: لم يجز؛ لأنَّ بيع الدَّيْن من غير من عليه ـ: لا يصحُّ.

---

(١) في أ: أجنبي.

ولو مات عن اثنين، وتركتُهُ أَلْفا دِرْهَمٍ ومائةُ دينار في ذمَّة أحدِهما، فصالحه الآخر من نصيبه على أَلْفَيْ درهم ـ: جاز، نصَّ عليه، فصار مستوفياً حَقَّه من الدراهم، ومعتاضاً عن الدنانير بالألْف الثانية، ويشترط قبض الألْف التي اعتاضها عن الدنانير في المجلس، ولا يشترط قبض الأخرى.

وإنْ كان له في يد إنسان أَلْفُ درهمٍ وخمسون ديناراً، أو مات رجلٌ عن اثنين، وتركتُهُ أَلْفَا دِرْهمٍ ومائةُ دينارٍ، هي في يد أحدِهما، فصالحه أخوه على أَلْفَيْ درهمٍ من نصيبه ـ: لم يجز؛ لأنه بيعُ أَلْفِ درهم وخمسين ديناراً بأَلْفَيْ درهم.

هذا كلُّه في الصلح على الإقرار، أَمَّا إذا ادَّعى على إنسانٍ مالاً، عيناً أو ديناً، فأنكر فصالَحَهُ على شيء ـ: لا يصح.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: يجوز؛ وقال: أُجَوِّز الصلح ما يكونُ على الإنكار.

قلنا: الصلحُ على المالِ معاوضةٌ، والمعاوضة تستدعي المال مِنَ الجانبين، ولم يوجد ههنا؛ لأن المال للمدعَىٰ عليه بحكم اليد فإذا بَدَّلَ في مقابلته عِوَضاً، فكأنَّه يشتري مال نفسه، وذلك: لا يصح[1]، ولا يصح الصُّلحُ عن الدعوىٰ على شيء، لا في حال الإقرار ولا في حال الإنكار؛ لأنَّ الدعوىٰ لا تعتاضُ عنه.

ولو أنكر المدعى عليه المالَ، ثم طلب الصلْحَ ـ: لا يكونُ ذلك إقراراً؛ لأنه يريد بذلك[2] قطع الخصومة، فإنْ قال: بِعْني أوْ هَبْ لي، أو كانت جارية، فقال: زَوِّجْنيها ـ: كان إقراراً، ولو قال: آجِرْني، أو أَعِرْني؟ فيه وجهان، وإن كان دَيْناً، فقال: أبرئني: كان إقراراً.

فَصْلٌ [في الصُّلْحِ مَعَ الأَجْنَبِيِّ]

في الصلح مع الأجنبيِّ ـ لا يخلو: إما أن يكون في حال إقرارِ المدعَىٰ عليه، أو في حال إنكاره: فإن كان في حال إقراره ـ لا يخلو: إما إن كان المدعي عيناً أو دَيْناً: فإن كان عَيْناً ـ جاء أجنبيٌّ إلى المدعِي، فقال: فلانٌ مُقِرٌّ أن لك في يده داراً غَيْر أنه لا يظهره؛ مخافَةَ ألا تصالحه، فأمرني أن أصالحك على نصْفِهِ، أو على هذا الثوبِ، والثوبُ ملكُهُ، فصالحه عليه ـ: صحَّ الصُّلْحُ.

---

(١) في ظ: وذلك لا يصلح.

(٢) في أ: به.

ولو قال: أمرني أن أصالِحَك علىٰ هذا الثوب، والثوبُ ملكي ـ: فهو كما لو قال: ٱشتريْتُ ثَوْبَ فلان بعَبْدك لي، وفيه وجهان:

أحدُهُما: لا يصحُّ.

والثاني: يصحُّ، ويكون ما يعطي قرضاً على المدعى عليه أم هبة؟ فيه وجهان:

ولو قال: وكّلني أن أصالِحَك على عَشرةِ دراهمَ: إن قال: في ذمَّته، فصالح عليه ـ: صحَّ، والمدعي يطالبُ المدَّعىٰ عليه بالعشرة، وإن قال: علىٰ عشرةٍ في ذمَّتي ـ: فهُوَ كما لو قال: ٱشتريْتُ ثوباً بعبدك لي، وإن صالح عن المدعىٰ عليه بغير إذنه ـ: لا يجوز؛ لأنه يبتاع له مالاً بغير إذنه.

ولو قال: صالحني على ثوبي هذا، وعليَّ عشرةٌ في ذمَّتي لا يملكه، فصالحه ـ: جاز؛ كما لو باعه منه، وإن كان المدعَىٰ ديناً، فجاء أجنبيٌّ، فقال: فلانٌ يُقِرُّ أنَّ لك عليه دَيْناً، فوكّلني أن أُصالِحَكَ على نصفه، أو على هذا الثوبِ، والثَّوْبُ ملكُهُ، فصالحه ـ: صَحَّ.

ولو قال: علىٰ ثوبي هذا ـ: فيه وجهان:

أحدهما: يصحُّ، ويسقط الدَّيْن عن المدعَىٰ عليه؛ كما لو ضمن دين إنسانٍ، وأدَّى عنه عوضاً: جاز.

والثاني: لا يصحُّ؛ لأنه يبيعُ شيئاً بدَيْنٍ على الغَيْر بخلاف الضمانِ، فإن تَمَّ ثبت الدَّيْن في ذمَّة الضامن؛ فيجوز إن ترك عنه عوضاً.

فلو قال: صالِحْني على الألْفِ التي لَكَ على فلانٍ على خمسمائة ـ: يصح، سواءٌ قال: بإذنه أو بغير إذنه؛ لأنَّ قضاء دَيْن الغير بغير إذنه ـ: يجوز.

ولو قال: صالِحْني عن الدَّيْن الذي لكَ على فلانٍ على ثوبي هذا لآخذه، أو على عشرة في ذمَّتي لأحد ـ: لا يجوز، لأنه بيع الدَّين من غير مَنْ عليه الدَّيْنُ.

أما إذا كان المدعىٰ عليه منكِراً فجاء أجنبيٌّ، وقال: فلانٌ منكرٌ أنَّ لك في يده شيئاً، أو في ذمَّته دَيْناً، وأنا لا أعلَمُ أيضاً صِدْقَكَ، فصالْحني على هذا الثوب ـ: لم يصحَّ؛ سواءٌ كان الثوبُ للأجنبيِّ أو للمدعىٰ عليه؛ كما لو صالح مع المدعى عليه، وهو منكر.

ولو قال: فلانٌ منكرٌ أنَّ لك في يده عيْناً، وأنا أعلمُ صدْقَك، فصالِحْني على ثوبي هذا، أو على عشرةٍ في ذمَّتي لآخُذها منه ـ: فهو كبيع المغصوب مِنْ غير الغاصب، إن كان الأجنبيُّ قادراً على أخذه منه ـ: وإلاَّ فلا يصح، وفي الدَّيْن هذا لا يصحُّ؛ لأنه منع الدين من غَيْر مَنْ عليه الدَّيْن.

ولو قال: فلانٌ منكرٌ، وأنا أعلم صدْقَكَ، فصالحني على ثوبي هذا؛ لتنقطع الخصومة بينكما ـ: هل يصح أم لا؟ ـ نُظر: إن كان المدعَىٰ عَيْناً؟ ـ فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأن المدعىٰ عليه منكر.

والثاني: يصحُّ، وعليه نص؛ لأنَّ الصلح يجري بين المدعي والأجنبيِّ، والأجنبيُّ مقرٌّ له بما يدَّعيه.

وإن كان المدعَىٰ دَيْناً ـ قيل: فيه وجهان؛ كالعَيْن، والمذهبُ: أنه يصحُّ قولاً واحداً؛ فالنص محمولٌ عليه؛ بخلاف العين؛ لأنه لا يقدر على أن يملِّك الغَيْر عيناً بغَيْر إذنه، ويملك قضاء دينه بغير إذنه، ثم لا يرجعُ على المدعَىٰ عليه بشيءٍ؛ لأنه تبرّع بالأداء عنه؛ وعلىٰ هذا: لو مات رجل، وخلَّف عدة مِنَ الورثة، فجاء رجُلٌ وادَّعى داراً من التركة: أن الميِّت غصبها منه؛ فإن أقرُّوا وصالحوه على شيءٍ ـ: يجوز.

ولو دفعوا ثوباً مشتركاً بينهم إلى واحدٍ منهم ليصالحه عليه ـ: جاز.

ولو قال: صالحه عَنَّا على ثوبك، ففعل ـ نُظِرَ: إن لم يسمِّهم في الصُّلح له ـ: أخذ جميع الدار، وإن سمَّاهم ـ: هل يلغي التسمية؟ فيه وجهان: إن قلنا: يلغي ـ ففيه وجهان:

أحدُهُما: وقع الصلح للعاقد في كلِّه.

والثاني: يبطل في نصيب الشركاءِ، وهلْ يبطُلُ في نصيبه؟ فعلىٰ قولي تَفْريق الصفقة.

فإن قلنا: لا يلغي التسمية ـ صحَّ الصلح لهم، ويكون الثوبُ للذي أعطى هبة لهم، أم يكون قرضاً عليهم؟ فعلى وجهين.

وإن جاء واحدٌ منهم، فصالحه على ثوب دون إذْن الباقين، وهم مقرُّون ـ نُظر: إن صالحه ليملك جميع الدار ـ: جاز، وإن صالح لتكونَ الدارُ له ولأصحابه ـ: تلغو تسميةُ الأصحاب ثَمَّ، وفيه وجهان:

أحدهما: صحَّ الصُّلح له.

والثاني: بطَلَ في نصيب أصحابِهِ، وفي نصيبه قولان؛ بناء على تفريق الصفقة.

ولو أسلم كافرٌ مع ثمانِ نِسْوَةٍ، ومات قبل أرْبع منهن ـ: توقَّف الميراث بينهن.

ولو صالح بعضُهنَّ عن حصَّتِهَا على عوضٍ، أو طَلَّقَ إحدى امرأتَيْهِ لا بعينها، ومات قبل البيان ـ: توقف الميراثُ بينهما.

ولو صالح إحداهما عن حَقِّها على شيءٍ ـ: لم يجز؛ لأنَّها تصالحُ عن شيءٍ لم يثبُتْ لها.

فلو ادَّعى زرعاً مَثَلاً على رجُلٍ، فأقرَّ، فصالحه على شيءٍ ـ: لما جاز من غير شرطِ القَطْع؛ كما لو باع نصْفَ الزرع البَقْل مشاعاً ـ: لا يجوز؛ لأنَّ بيع الزرْع البقل ـ: لا يجوز إلاَّ بشرط القطع، ولا يمكنُ قَطْعُ نصفه إلاَّ بقطع كلِّه.

ولو ادَّعى داراً على رجُلٍ، فأقرَّ، فصالحه على عبدٍ، فخرج العبد مُسْتَحقًّا، وردَّهُ بعَيْب، أو هَلَكَ قبل القَبْض ـ: أخذ الدار، وإنْ وجد به عَيْباً بعدما هَلَك أو تعيَّبَ في يده ـ: أخذ مِنَ الدار بقَدْرِ ما أنتَقصَ بقيمة العَبْد؛ كما لو باع الدار بعبد.

ولو صالحه عن الدارِ على خدمة عبدٍ بعينه سنةً ـ: يكون كما لو استأجَرَ العبْدَ بعَيْن الدار.

ولو مات العبد في خلال المدة ـ: أنفسخ العَقْدُ في المدَّة الباقية، والمذهَبُ: أنه لا يفسخ في المدَّة الماضية، وسلم للمدعى عليه مِنَ الدار بقَدْر ما يقابل المدَّة الماضية.

ولو صالحه عن الدار عَلى أن يسكنها سنةً ـ: فتصير كأنَّ المدعي أَعَارَ الدارَ من المدعَىٰ عليه سنةً؛ فلا يلزم: متى شاء رجع.

ولو صالحه على أن يسكنها سنةً على خدمة عبدٍ ـ: جاز؛ فهو كما لو أجَرَ دارَهُ سنةً بمنفعة عبدٍ: ثبت فيه ما يثبت في الإجارات.

فَصْلٌ في بيانِ شُرُوع الأجنِحَةِ وَغَيْرِهَا في الطَّرِيقِ

إذا أشْرَعَ جناحاً مِن مِلْكِه إلى هواء الطريق أو بنى شيئاً ساباطاً[1] ـ لا يخلو: إما إن كان الطريقُ نافذاً أو غَيْرَ نافذٍ: فإن كان نافذاً ـ نُظِرَ.

إن كان يضرُّ بالمارَّة ـ: يمنع منه، وينقض عليه، وإن كان لا يضرُّ ـ: لا يعترض عليه، ويرجع في الضَّرَر إلى حال الطريق، فإن كان الطريقُ ضَيِّقاً لا تمر فيه القوافِلُ، ولا يجُوزُ فيه الفوارسُ ـ: ينبغي أن يكون الجناحُ بحَيْثُ يمرُّ الماشي فيه منتصباً؛ لأنَّ الضرر يزولُ به.

وإن كان الطريقُ يمرُّ فيه القوافل، ويجُوزُ فيه الفوارسُ ـ: ينبغي أن يكون عالياً بحيث يَمُرُّ العماري على الجمل تحته، ويمر الراكب منتصباً.

وقال أبو عُبَيد بْنُ حَرْبويْهِ: ينبغي أن يكون مَمَرًّا لراكبٍ، ورمحُهُ منصوبٌ تحته؛ لأنه ربما يزدحمُ الفارسان، فيحتاج إلى نصب الرمْح.

والأوَّل المذهب؛ لأنه يلزمُ أن يخففوا أرماحهم؛ فيضعوا أطرافها على الأكتاف.

---

(١) السَّاباط: سقيفة بين حائطين تحتها ممرٌّ نافذ، والجمع: سوابيط، وساباطات.
ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٤١٥).

وإن بنى وصالحه الإمامُ على شيءٍ ـ: لا يجوز؛ لأنَّ إفراد الهواء بالعقد ـ: لا يجوزُ، ولأنه إن كان مضراً بالمارَّة فيمنع[1] لضرر الناس، ولا يباحُ بالعوض؛ كالبناءِ في الطريق والقعودِ في المضيق، وإن كان لا يضرُّ بالمارَّة ـ: فذلك حَقٌّ له؛ فلا يجوز أخذ العوض عليه؛ كالمرور في الطريق.

وإن كان الطريق غير نافذٍ ـ: فكلُّ مَنْ داره أسفَلُ منه ـ: له أن يمنعه عن ذلك، سواء تضرَّر به أو لم يتضرَّر، ولأنَّ له شريكاً في هواءِ ذلكَ الطريق، وهلْ لِمَنْ داره فوقه أنْ يمنعه؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له منعُهُ، لأنَّه لا حَقَّ له فيه.

والثاني: له منعه؛ لأنَّ الشركة مشتركَةٌ بين جميع أهلها بدليل أنهم لو اقتسموها وبَنَوْا فيها ـ: يجوزُ، فلو صالحه أهلُ السِّكَّة[2] على شيءٍ ـ: لم يجز، وكذلك: لو أخرج جناحاً إلى دار جاره بغير إذنه ـ: كان له منعه، فإن أراد أن يصالحه على شيءٍ ـ: لم يجز لأنه صلح على مجرَّد الهواء.

ولو نصب دكَّةً على باب داره في طريقٍ نافذ، أو غرس شجرةً إن ضَرَّ بالمارَّة ـ منع؛ وإلا فلا يمنع.

ولو غرس غيره شجرة في فناءِ داره ـ: لا منع لصاحب الدار؛ لأنه مَمَرٌّ عامَّة المسلمين إلاَّ أن يضرَّ بالمارَّة؛ فيمنع.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: لا اعتبارَ بالضَّرر، بل إن خاصمه إنسانٌ ـ: نزع، ضَرَّ أو لم يَضُرَّ، وإن لم ينازع ـ ترك.

ولو أشرع جناحاً في سِكَّة نافذةٍ، ثم رفعه، فبادر، فأخرج جناحاً مَنَع من إعادة الجناح الأوَّل ـ: جاز؛ لأنَّ الأوَّل ثَبَتَ له الارتفاعُ بالسَّبْقِ، فإذا رفع: جاز لغيْره أن يرتفق؛ كما لو قعد في طريقٍ واسعٍ، ثم انتقل جازَ لغيره القعودُ فيه.

ولو كان بابُ داره في سِكَّة غير نافذة، وفتح باباً آخر فيها ـ نُظِر: إن فتح فوقه ـ جاز، ولا يمنع، لأنَّه يخسُ بحقِّه بنقصان المَمَرِّ، وإن فتح أسفلَ منه: فلمن هو أسْفَلُ منه أن يمنعه، وهَلْ لِمَنْ فوقه منعه؟ فيه وجهان.

---

(١) في أ: فلا يمنع.

(٢) السِّكَّةُ: الزُّقَاقُ، أو الطريق المستوي. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٤٤٢).

وكذلك: لو حَوَّل الميزاب[١] إلى الأعلىٰ ـ: لم يمنع وإلى الأسفل ـ: فوجهان:

ولو كان ظَهْرُ داره يَلي سِكَّة غير نافذة، فأراد أن يفتح باباً ـ: لم يكن له ذلك إلاَّ بإذن جميع السكة، سواءٌ فيه من هو أسْفَل منه أو فوقه؛ لأنَّ من هو أسفل منه ـ: يتضرَّر بالمرور عليه، ومَنْ فوقه: يتضرَّر بمروره عليه؛ وإنَّما يشترطُ في هذه المواضِع إذْن مَنْ بابُ دارِهِ في هذه السِّكَّة، أمَّا مَنْ يلي ظهْرُ دارِهِ هذه السِّكَّة ـ: فلا يشترط إذْنه.

ولو أراد مَنْ ظَهْرُ داره إليْها فَتح كُوَّةٍ[٢] فيها ـ: لا يمنع؛ لأنه يتصرَّف في خالصِ مِلْكِهِ.

ولو رفع الجدار ـ: لم يمنع، إلاَّ إذا أراد الاستطراقَ؛ فيمنع، ولو فتح باباً، فقال: لا أريدُ أن أجعله طريقاً؛ بل أقفله وأُسَمِّرُهُ هل يمنع؟ فيه وجهان:

أحدهُما: لا يمنع؛ لأنه لَمَّا جاز له رَفْعُ الجدار، ففتح الباب دونه ـ: فأولى أن يجوز.

والثاني: يمنع؛ لأنَّ البابَ دلِيلُ الاستطراق.

ولو أراد فتح بابٍ في سكَّةٍ نافذة ـ: جاز؛ لأنه له حقُّ الاستطراقِ في الشارع لو[٣] كانَتْ له دارانِ بابُ كلِّ واحدةٍ في سِكَّة أخرى غير نافذةٍ، وظهر إحداهما يلي الأخرى، ففتح بينهما باباً، ورفع الجدار بينهما؛ ليتسع داره ـ: لا يمنع؛ لأنه يتصرَّفُ في ملكه، ولو أراد سَدَّ أحدِ البابين ـ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأنَّه يزيدُ في الممَرِّ في أحد السِّكَّتيْنِ.

والثاني ـ وهو الأصح ـ: يجوزُ؛ لأنَّه يتصرَّفُ في ملكه، ويبخس بحقِّه، وكذلك: لو كانت إحدى الدارَيْن إجارةً، ففعل بإذن الآجر، أما إذا كان مسيل ماء كل دار في سكة أخرى، فأراد جمعهما في سكَّة واحدة غَيْر نافذة ـ: يمنع منه، ولو اجتمع أهْلُ سِكَّة غير نافذة، فسدُّوا بابها ـ: جاز لهم ذلك، ولو أمتنَعَ واحـدٌ منهم ـ: لم يكن للباقين سَدُّ بابها.

ولو اتفقوا وسدُّوا بابها، ثم أراد واحدٌ منهم أن يفتحه ـ: لم يكن له ذلك إلاَّ بإذن الباقين، فكما لا يجوز في الابتداءِ السَّدادُ إلاَّ بالاتفاق، فإذا اتفقوا وسَدُّوا ـ: لا يجوزُ الفَتْحُ إلاَّ بالاتفاق، ولو أتفقوا أو اقتسموا صَحْنَ السكة بينهم ـ: جاز، ولو أراد أهْلُ أعلى السِّكَّة [أن يقتسموا أعلاها][٤] ـ: لم يكن لهم ذلك؛ لأن أهل أسفل السِّكة يتضرَّرون به، ولو أراد

---

(١) ويطلق عليه المئزاب: وهو قناة أو أنبوبة يُصرف بها الماء من سطح بناء أو موضع عالٍ. ينظر المعجم الوسيط (١/ ١٥).

(٢) الخرقُ في الجداد يدخل منه الهواء والضَّوء. ينظر المعجم الوسيط (٢/ ٨٠٦).

(٣) في ظ: إن.

(٤) سقط في ظ.

أَهْلُ أسفلها، هل يجوزُ لأهل الأعلى منعهم؟ فيه وجهان:

أحدهما: لَيْسَ لهم ذلك؛ لأنهم لا يتضرَّرون به؛ فإنه ليس لهم حقٌّ المرور فيه.

والثاني: لهم ذلك؛ لأنَّ صَحْنَ السِّكَّة لجميعهم، فإذا[١] بنى رجلٌ بيتاً، واحتاج إلى وضع الجِذْع على جدارِ الجار، أو على جدارٍ مشتركٍ بينه وبين غيره، ولم يأذَنِ الجارُ ـ: هل يجبر؟ فيه قولان:

قال في «القديم»: يُجْبَر عليه؛ لما رُوِيَ عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أنَّ رسُولَ اللَّهِ ـ ﷺ ـ قَال: «لاَ يَمْنَعْ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَغرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ»، ثُمَّ يَقُولُ أَبُو هُرَيْرَةَ: «مَا لِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ، وَاللَّهِ، لأَرْمِيَنَّ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ»[٢].

وفي الجديد: لا يُجبرُ عليه، والحديثُ محمولٌ على الاستحباب؛ لما رُوِيَ عن النبيِّ ـ ﷺ ـ أنه قال: «لاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[٣]، ولأنه لا ينتفعُ بملك الغَيْر من غير ضرورة؛ فلا يجوز إلاَّ بإذنه؛ كالبناء في أرض الغير، والحملِ على دابَّة الغير: لا يجوزُ إلاَّ بإذنه.

---

(١) في ظ: فإن.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٧٤٥) كتاب الأقضية: باب القضاء في المرفق؛ والبخاري (٥/ ١٣١)، كتاب المظالم: باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره، حديث (٢٤٦٣)؛ ومسلم (٣/ ١٢٢٠) كتاب المساقاة: باب غرز الخشب في جدار الجار، حديث (١٣٦/ ١٦٠٩)؛ وأبو داود (٤/ ٤٩)، كتاب الأقضية: باب من القضاء، حديث (٣٦٣٤)؛ والترمذي (٣/ ٦٣٥)، كتاب الأحكام: باب الرجل يضع على حائط جاره خشباً، حديث (١٣٥٣)؛ وابن ماجه (٢/ ٧٨٣)، كتاب الأحكام، باب الرجل يضع خشبة على جدار جاره، حديث (٢٣٣٥)؛ والبيهقي (٦/ ٦٨) كتاب الصلح: باب ارتفاق الرجل بجدار غيره بوضع الجذوع، من طريق الزهري عن الأعرج عن أبي هريرة به.

وفي الباب عن ابن عباس.

أخرجه أحمد (١/ ٣١٣) وابن ماجه (٢/ ٧٨٣)، كتاب الأحكام: باب الرجل يضع خشبة على جدار جاره، حديث (٢٣٣٧) من طريق ابن وهب، أخبرني ابن لهيعة عن أبي الأسود عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي ـ ﷺ ـ قال: «لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره».

قال البوصيري في الزوائد (٢/ ٢١٩): هذا إسناد ضعيف لضعف ابن لهيعة.

وفي كلامه نظر: فالراوي عن ابن لهيعة هنا عبد الله بن وهب وسماع ابن وهب من ابن لهيعة قديم قبل احتراق كتبه.

(٣) أخرجه أحمد (٥/ ٧٢ ـ ٧٣)؛ والدارمي (٢/ ٢٤٦) كتاب البيوع: باب في الربا الذي كان في الجاهلية وأبو يعلى (٣/ ١٣٩) رقم (١٥٧٠)؛ والدارقطني (٣/ ٢٦)، كتاب البيوع، رقم (٩٢، ٩٣)؛ والبيهقي (٦/ ١٠٠) كتاب الغصب: باب من غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً كلهم من طريق حماد بن سلمة عن علي بن زيد بن جدعان عن أبي حرة الرقاشي عن عمه به. =

وإن قلْنا: يُجْبَرُ: إنما يجبر إذا كان صاحبُهُ لا يحتاج إليه، وكان صاحبُ الجذْع يحتاج إليه؛ بإن كان ثلاث حوائط له، وحائط للجار، فإن كان حائطان للجار ـ: لا يجبر عليه؛ وكذلك: إذا أراد أن يحمل عليه خَشَباً ثقيلاً لا يحتمله[1] الجدار، أو يبني عليه أزجاً[2] ـ: لا يجبر عليه.

فإن قُلْنا: يُجْبرُ، فصالحه عليه على مالٍ ـ: لم يجز؛ لأن مَنْ وجَبَ له حقٌّ لا يؤخذ منه عليه عوض.

= وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٣/ ٢٦٨) وقال: رواه أحمد وأبو حرة الرقاشي وثقه أبو داود وضعفه ابن معين وفيه علي بن زيد وفيه كلام اهـ.

لكن للحديث شواهد كثيرة يرتقي بها الحديث إلى الصحة منها عن أبي حميد الساعدي.

أن النبي ﷺ قال: «لا يحل لمسلم أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه».

أخرجه أحمد (٥/ ٤٢٥)؛ والبزار (٢/ ١٣٤ ـ كشف) رقم (١٣٧٣)؛ وابن حبان (١١٦٦ ـ موارد)؛ والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٢٤١) وفي مشكل الآثار (٤/ ٤١ ـ ٤٢)؛ والبيهقي (٦/ ١٠٠) كتاب الغصب: باب من غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً كلهم من طريق سليمان بن بلال عن سهيل بن أبي صالح عن عبد الرحمن بن سعد عن أبي حميد الساعدي به.

قال البزار: لا نعلمه عن أبي حميد إلا من هذا الطريق وإسناده حسن وقد روي من وجوه عن غيره من الصحابة. وصححه ابن حبان.

وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٧٤): رواه أحمد والبزار ورجال الجميع رجال الصحيح.

ومنها عن عمرو بن يثربي.

قال: شهدت خطبة رسول الله ـ ﷺ ـ بمنى فكان فيما خطب به أن قال: «ولا يحل لامرىء من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه...».

أخرجه أحمد (٣/ ٤٢٢، ٥/ ١١٣)؛ والدارقطني (٣/ ٢٥ ـ ٢٦) كتاب البيوع: رقم (٨٩)؛ والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٢٤١) وفي «مشكل الآثار» (٤/ ٤٢)؛ والبيهقي (٦/ ٩٧) من طريق عمارة بن حارثة عن عمرو بن يثربي به.

وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٧٤): رواه أحمد وابنه من زياداته أيضاً والطبراني في «الكبير» و «الأوسط». ورجال أحمد ثقات اهـ.

ومنها أيضاً عن ابن عباس:

أن رسول الله ـ ﷺ ـ خطب الناس في حجة الوداع ـ فذكر الحديث وفيه: لا يحل لامرىء من مال أخيه إلا ما أعطاه من طيب نفس.

أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٥) كتاب البيوع، رقم (٨٧)؛ والبيهقي (٦/ ٩٧)، كتاب الغصب: باب لا يملك أحد بالجناية شيئاً من طريق ثور بن يزيد الأيلي عن عكرمة عن ابن عباس به.

(١) في ظ: لا يحمله.

(٢) بناء مستطيل مقوس السقف. ينظر المعجم الوسيط (١/ ١٥ ب).

فإن[1] قُلنا: لا يجبَرُ ـ: يجوز، وإذا عمل رجلٌ سابَاطاً، فأراد وضع الجذوع على جدارِ الجارِ، فصالحه على شيءٍ، أو باع رأسَ جداره؛ ليبني عليه ـ: جاز.

ويجبُ أن يبيِّنَ طول ما يبيعه وعرضه، ويبيِّن ما يضع عليه من الجذوع، إن كانت حاضرة: نُظِرَ إليها، وإن كانت غائبة: وصفها، وذكر سُمْكَ البناء، فإن انهدم الجدارُ، وبناه مالكه ثانياً ـ: له أن يعيد عليه ذلك الجِذْع أو جذعاً في ثقله؛ وإن[2] أجَرَ رأسَ جداره للبناءِ علَيْه ـ: يجوزُ، ويجبُ أن يبيِّن الموضع، وما يضع عليه والمُدَّة والأُجرَة، فإذا مَضَتِ المُدَّة قلعها، فإذا انهدم الجدارُ، هل يُجْبر على بنائِهِ؟ نُظِرَ: إن كان قد أَجَرَ، فقد انفسخ العقد، وإن كان باع فهل يُجْبَرُ على البناء؟ فيه قولان، سيأتي، إن شاء الله تعالى.

ولو أعار رأسَ جداره؛ ليضع عليه خشبةً أو يبني عليه ـ: جاز، ويجبُ أن يبيِّن [له][3] ما يضعُ عليه؛ كما ذكرنا؛ بخلاف ما لو أعار أرضاً للبناءِ ـ: لا يجب بيان آلاتِ البناءِ؛ لأنَّ الجدار لا يحتملُ ما يحملُ عليه، والأرض تحتمل، ثم قبل الْبِناءِ: يجوزُ للمعير أنْ يرْجع، وبعد البناء: لم يجز له قلْعُهُ مَجَّاناً؛ بل يتخيَّر بَيْنَ أن يقرَّهُ بالأجرة، أو يقلعه ويضمن أَرْشَ النقصانِ؛ كما لو أعار أرضاً للبناء؛ غير أن في الأرْضِ لمالكِ الأرض: أن يتملَّك البناءَ بالقيمةِ، وليس ذَلِكَ لمالكِ الجدارِ؛ لأنَّ الأرض أصلٌ؛ فجاز تملُّك البناء؛ تبعاً لها، والجدار تبعٌ؛ فلا يتملَّك البناء تبعاً له.

وقيل: في الجدارِ: ليس له طلب الأجرة، ولا القلع[4] بأرش النقصان؛ كما لو أعار أرضاً، ليدفن فيها مَيّتاً، فدفن ـ: لم يملك نبشه ولا طلب الأُجْرة.

ولو أنَّ المستعيرَ رفعَ الجذوعَ ـ: لم يكنْ له إعادتُها إلاَّ بإذن جديد.

ولو سقط البناءُ، هل للمستعير إعادتُها، إن كان عيْنها، أو إعادة مثلها إن كانَتْ موصوفةً بغير إذْنٍ جديد؟ فيه وجهان:

الأصحُّ: ليس له إعادتُهَا إلاَّ بإذنٍ جديد. أما إذا كان قد غيَّر الجذوع؛ فأراد إعادة غيره ـ: لا يجوز، ولو سقط الجدارُ، فبناه مالكه ـ نظر: إن بناه بغير تلك الآلة ـ: لم يجز للمستعير إعادة بنائه؛ إلا بإذن جديد، وإنْ بناه بتلك الآلة ـ: ففيه وجهان:

الأصحُّ: ليس له ذلك إلا بإذن جديد؛ لأن الإذن الأوَّل لم يتناول إلا مرَّة واحدة.

---

(١) في ظ: وإن.
(٢) في أ: فإن.
(٣) سقط من ظ.
(٤) من أ: القطع.

أما إذا وجدت جذوعٌ على حائطٍ، ولم يعرف سببها، فَتَلِفَتْ وسقَطَتْ ـ: جاز إعادة مثلها؛ لأن الظاهر أنها بحقٍّ ثابتٍ.

ولو ادَّعى بيتاً على رجُلٍ، فأقرَّ، فصالحه علىٰ أنْ يبني على سطحه ـ: جاز، وصار كأنه أعاره سَطْحَ بيته للبناء: يجب أن يبيّن ما يضع عليه؛ وكذلك: لو باع أو وهب سطح بيته للبناء: يجوز، ويجبُ أن يبيِّن ما يضع عليه، وإذا أجَرَ بَيَّن المدَّة؛ كما ذكرنا في رأسِ الجدارِ.

وعند أبي حنيفة، والمزنيِّ ـ رحمة الله عليهما ـ: لا يجوزُ بَيْع سطح البيت؛ كما لو أشرع جناحاً، فصالحه على شيءٍ: لا يجوز.

قلنا: الجَناحُ في الهواءِ غيرُ مستندٍ إلى قرارٍ بخلافِ السَّطْحِ، ولو ادَّعى بيتاً، فأقَرَّ له بسفله دون علوه، فصالحه على أن يبني على سَطْحِهِ ـ: جاز بعد أن يبيِّن ما يضع عليه؛ فكأنه يباع السفل بحقِّ البناء على العُلُوِّ، وإنْ كان في ملكه شجرةٌ، فاستعلَتْ، وخرجَتْ أغصانها إلى هواءِ دارِ الجار ـ: فللجار مطالبتُهُ بإزالتها، فإنْ لم يفعَلْ: فله تحويلُهَا عن دارِهِ، فإن لم يمكن[1] تحويلُها: له أن يقطعها.

ولو أوقد ناراً تحتها، فاحترقَتْ ـ: لا شيء عليه، وإن لم يجبر المالك.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: ليس له قطعها، ولكنْ يوقد تحتها ناراً حتَّى تحترق الأغصان، فلو صالح الجار مالك الشجرة على شيءٍ؛ حتَّى تبقى الأغصان ـ نُظِرَ: إن لم تكن الأغصانُ مستندةً إلى جدار ـ: لم يجز؛ لأنَّه صالح على مجرَّد الهواء، وإن كانت مستندة ـ نظر: إن كانت رطبة ـ: لم يجز؛ لأنها تزداد، ولا يقف ضرره علىٰ موضع واحد.

وإن كانت يابسة ـ: يجوز؛ كما لو صالحه علىٰ وضع خشبة على جداره، ولو طال عرق شجره، فدخل دار الجار ـ: فهو كانتشار الأغصان.

ولو باع رجلٌ مَسِيل ماءٍ في أرضه ـ: جاز، ويجبُ بيانُ الطُّول في العَرْض، ولا يجبُ بيانُ العُمْق؛ لأنه يملكه إلى أسفل الأرَضِينَ.

وقيل: يجبُ؛ لأنه يملك حقَّ إجراء الماء على السطح[2]، وإنْ أجر ـ: يجبُ بيان الطول والعرض والعمق والمُدَّة، وإنْ أعار: لا يجبُ البيان؛ لأنَّ له الرجوعَ متى شاء؛ بخلاف رأسِ الجدار؛ لأنه لا يحتملُ ما يحملُ؛ وكذلك: لو كان له علىٰ رَجُلٍ دَيْنٌ،

---

(١) في ظ: يكن.

(٢) في ظ: كالسطح.

وصالحه مِنْه على أن يجعل له مَسِيلَ ماءٍ في أرضه ـ: يجوز بعد البيان؛ كما يجوز البيع والإجارة، وفي هذا الموضع: لا يجوز له دخولُ أرْضِهِ دون إذنه، إلا أن يريد تنقية النهر، ثم عليه إخراجُ ما يخرجه من النَّهْر عن أرضه.

ولو أجَرَ مسِيل ماءِ المَطرِ على سطحه، أو باعه، أو أعاره ـ: جاز بعد البَيانِ، ويجبُ أن يبيِّن السطوح التي يَسيلُ ماؤُها عليه؛ لأن السطح لا يحتملُ كلَّ ما يجري عليه بخلاف الأرْضِ؛ فإذا بَيَّنَ، ثم بنى المشتري، أوِ المستأجر سطحاً آخرَ يريد إجراء مائِهِ عليه ـ: لم يجز.

ولو أن البائع أو الآجِرَ بَنَىٰ على سطحه بناءً منع الماءَ ـ: فللمشتري والمستأجِرِ نَقْبُ بنائه، وإجراءُ الماءِ فيه، وإنْ كان عاريَّة ـ: فهو رجوعٌ، وإذا اشترى أو استأجر مَسِيلَ ماءٍ ـ: لم يكن له إلقاءُ الثَّلْجِ فيه، ولا أن يترك الثلج على سطحه حتَّى يذوب، فيسيل الماء عليه، ولو استأجر ملقى الثلج ـ: لم يكن له إسالةُ الماء فيه.

فصْلٌ [في دَعْوَىٰ الدَّارِ]

إذا ادَّعى رجلانِ داراً في يد ثالثٍ، فأقرَّ لأحدهما بنصفها ـ: هل يكونُ الآخر شريكاً معه؟ نُظِرَ: إن ادعى أنا وثناها ـ: يكون الآخر معه شريكاً فيه، وإن قالا: ابتعناها، أو اتَّهَبْناها، وقبضناها ـ نُظِرَ: إن قالا: ابتعنا أو اتهبنا وقبضنا معاً ـ: يكون الآخر شريكاً فيه، وإن لم يقولا: «معاً» لا يكون شريكاً فيه، وكذلك: لو قالا: هذه الدارُ لنا أو بَيْنَنَا، فأقرَّ لأحدهما بنصفه ـ: لا يكون الآخر شريكاً معه؛ كما لو ادَّعىٰ كُلّ واحد نصفها؛ فحيث قُلْنا: يكون الآخر شريكاً: فلو صالح المقرُّ له عن ذلك النِّصْفِ على شيءٍ بغير إذن الآخر ـ: لا يصحُّ في نصيب شريكه، وفي نصيبه قولان.

أمَّا إذا أقرَّ لأحدهما بجميع الدارِ ـ نُظِرَ: إن وجد من المقر له قولٌ يدُلُّ على كون الدارِ بينهما؛ بأن قال: هذه الدارُ لنَا، أو بَيْنَنَا، أو ابتعناها، أو اتهبناها وقبضناها، سواءٌ قال: «معاً» أو لم يقلْ ـ: يكون نصفه لصاحبه، وإن لم يوجَدْ منه قولٌ يدل على كونها بينهما ـ: لا يكون الآخر شريكاً [له][1] معه، ودعواه النصْفَ محمولٌ على أحد معنيين: إما إن خاف إنْكارَ المُدَّعىٰ عليه، لو ادَّعىٰ جميعاً، أو كانت له بَيِّنَةٌ على نصفها، فأراد إثباته بالبيِّنة، ثم يدّعي الباقي.

---

(١) سقط من ظ.

فصْلٌ [في التَّنَازُع في الْجِدَارِ]

إذا تنازع رجُلانِ في جدارٍ بيْنَ ملكيهما ـ نُظِرَ: إن كان متصلاً ببنائهما، أو منفصلاً عَنْ بنائهما ـ: حلف كلٌّ واحد منهما، ويكونُ الجدارُ بينهما إلاَّ أن يقيم أحدُهما بيِّنَة؛ فيكون له، ولا يرجَّح بأن يكون جانب أحدهما منقوشاً أو أرصاف[١] اللَّبن الصحيح من جانبه، أو بأحدهما في جانبه طاقٌ أو بَيْتُ حمَّام، وإن كان الجدارُ مِنْ جَصٍّ ـ: فلا يرجح بأن يكون معاقد القُمُطِ من جانب أحدهما.

وعند مالك ـ رحمة الله عليه ـ: يرجَّح بهذه الأشياء، وكذلك: لو كان لأحدهما عليه جذوعٌ: لا يرجح بها، سواءٌ كانَتْ مسطَّحة أو لم تكن؛ لأنه يمكنُ إحداثها بعد بناء الجدارِ.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إن كانت الجدار مسطحةً يرجح بها، وإن كان لأحدهما عليه أزج ـ نُظِرَ: إن أمكن إحداثه[٢] بعد كمال البناء ـ: لا يرجَّح به كالجُذُوع، وإن بنى من أصل الجدار مائلاً بحيث لا يمكنُ إحداثُهُ بعد البناء؛ يرجَّح جانبه، وللآخر تحليفه، وكذلك: إذا[٣] كان الجدارُ متصلاً ببناءِ أحدهما بأن دخل رصف من اللَّبنِ من[٤] جداره في المختلَفِ فيه، ورصف من المختلف فيه في جداره ـ: يرجَّح جانبه؛ فكلُّ موضع جعلناه مشتركاً بينهما ـ: لا يجوز لأحدهما أن يفتح فيه كُوَّةً، ولا أن يَتد فيه وَتِداً، ولا أن يبني عليه، ولا أن يترب كتابه به بغير إذن شريكه؛ ويجوز أن يستند إلَيْه.

ولو بنى في ملكه جداراً متصلاً به ـ: جاز، وإن لم يكن بينهما فرجة، إذا لم يَقَعْ ثقلُ جداره عليه، وإن كان بين رجلَيْن جدارٌ مشتركٌ[٥]، فانهدم، أو هدماه معاً، وامتنع أحَدُ الشريكين عن الموافَقة في بنائه ـ هل يجبَرُ؟ فيه قولان:

في الجديد: لا يجبر.

وفي القديم: يجبر.

وكذلك: لو كان بين رجلَيْن دارٌ، لها علو وسفل، سفلها لأحدهما، وعلوها للآخر، فانهدمَتْ، فإنْ بنى صاحب السفل السفلَ ـ: كان لصاحب العُلُوِّ أن يبني عليه علوه، وليس لصاحب السفل أن يجبر صاحب العلو على الموافقة في بناء السفل؛ لأنَّ حِيطَانَ السّفل لصاحب السفلِ؛ فلا يجبر الغَيْر علىٰ بنائه، وإن امتنع صاحب السفل عن بِنَاءِ السفل ـ: هل يجبر عليه؟ فيه قولان:

---

(١) ضم الحجارة بعضها إلى بعض. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٣٤٩).

(٢) في أ: إحداثها.

(٣) في ظ: إن.

(٤) في أ: في.

(٥) في أ: جداراً مشتركاً.

قال في «القديم» وبه قال مالك ـ رحمة الله عليه ـ: يجبر عليه؛ دفعاً للضرر عن صاحب العُلُوِّ، وكما يجبَرُ على نفقة الدابّة المشتركة.

وقال في «الجديد»: لا يجبرُ؛ لأنَّه إنفاق على ملكٍ لو أنفرد به، لم يجبرْ، فعند الاشتراك: لا يجبر؛ كزراعة الأرضِ المشتركة، وليس كالعبد المشترك؛ لأنَّه لو أنفرد به أمر بالانفاق عليه، وكذلك: النهر المشترك أو القناة أو البئْرُ المشتركة، إذا انكبست وامتنع أحد الشريكين عن التَّنْقية، هل يجبرُ عليه؟ فيه قولان.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: في النهر والقناة والبئر: يجبر، وفي الجدار: لا يجبر.

أما إذا استهدم الجدار، فنقضه أَحَدُ الشريكَيْن، أو جاء ابتداءً ـ: فنقضه من غير إذن شريكه ـ نصَّ على أنه يجبر الهادم على بنائه؛ لأنَّه هدم بغيْر إذن شريكه؛ بخلاف ما لو انهدم: جعلناها على قولَيْن، والقياس؛ أنه يغرَّم النقصان، ولا يجبر على البناءِ؛ لأن الجدار لا يضمن بالمِثْلِ.

ولو كان العلو لواحدٍ، والسفلُ لآخر، فهدم كل واحد بناءه ـ: يجبر صاحبُ السفل على بناء ملكه؛ ليبني عليه صاحب العلو.

إذا ثبت أن الجدار المشترك إذا انْهَدَمَ، أو إذا كان السفلُ لواحدٍ والعلوُّ لآخر، فانْهَدَمَ، هل يُجْبَرُ على البناء؟ فيه قولان، فالتفريعُ على القولَيْن.

أما إن قلنا: يجبر: فإن لم يفعل ـ أَنْفَقَ السلطان على بنائه من مالِهِ، فإن لم يكن له مالٌ يستدينُ عليه، فإنْ أراد الشريك أن يبنيه ـ لم يمنَعْ منه.

ولو بنى صاحبُ العلو السفل، أو بنى شريكُ الجدار الجدارَ بغيرِ إذن الحاكم والشريك ـ نظر: إن بناه بتلْكَ الآلة والنقْض ـ: فحيطان السفل لصاحب السفلِ؛ لأن الآلة [له]، وليس لصاحب العلو مَنْعُهُ من الانتفاع به ولا نقضه، وفي الجدار المشترك: يكون الحائطُ بينهما كما كان؛ وليس للثاني أن يرجعَ على الآخر بشيءٍ، وإن بناه بآلة نفسه ـ: كان الحائط للثاني، ويجوزُ للثاني نقضه، وإن قال الممتنع: لا ينقض، وأنا أعطيكَ نصْفَ القيمة ـ: لم يكنْ له نقضه؛ لأنَّ هذا علىٰ قول الجبر.

فإنْ بنى أحدهما ـ وجب تبقيته، وأجبر عليه؛ كما يجبر على البناء.

وإن قلْنا: لا يجبَرُ الشريكُ، وصاحبُ السفل على البناء، فلو أراد صاحبُ العُلُوِّ بناءَ السفل بآلةٍ شريكه أو بآلة مشتركةٍ بينهما، أو أراد شريكُ الجدار بناءَهُ بآلة مشتركة بينهما ـ: فلـلآخر منعه عَنْ ذلك.

أما إذا أراد أن يَبْنِيهُ بآلة نفسِهِ ـ: لم يكن للآخر مَنْعُهُ عن ذلك؛ لأنه لا يصلُ إلى حَقِّه إلاَّ بهذا الطريق، فإذا بناه بآلة نفسه ـ: كان الحائط له يحملُ عليه ما شاء، وله أن يمنع الآخر من الانتفاع به.

ولا يجوز لشريك الجدار ولا لصاحب السفلِ أن يَفْتَحَ فيه كُوَّةً[1]، ولا أن يتد فيه وَتِداً؛ إلاَّ بإذنه، ولكن له أن يسكن في قرار السفل؛ لأنَّ القرار له، وإن أراد الثَّاني أن ينقضه ـ له ذلك؛ لأنَّه لا حَقَّ لغيره فيه، فلو قال له الشريكُ الممتنعُ: لا تنقض، وأنا أعطيك نِصْفَ القيمة، أو قال صاحبُ السفل: أعطيكَ القيمةَ؛ فلا تنقضه ـ: فله نقضه؛ لأن على هذا القول: لو ٱمتنع من البناءِ ـ: لم يجبر عليه، وإذا بناه ـ: لم يجبر على التبقية، فإن قال: كانَ لي رسْمُ خَشَبٍ علىٰ هذا الجدارِ: يقال للباني: إما أن تمكنه من إعادة خشبه، والانتفاع به، أو تنقضه حتَّى يبني معَكَ، أما إذا لم يكُنْ للباني فيه عَيْنُ ماله ـ: لم يكن له نقضُهُ، وكذلك: البئر أو النهْرُ إذا أنفق على تنقيته ـ: لم يكن له أن يكبسه ولا أن يمنع شريكَهُ أن يَسْقِيَ منه زرعه[2]؛ لأنه ينتفع بالماء، والماءُ ليس بملك له، نظير الحائط والدولاب: إذا بناه أحدهما بآلة نفسه ـ فله منع شريكه من الانتفاع به، فلو بنى صاحبُ العُلُوِّ السُّفْلَ بآلةِ نفسِهِ، فقال صاحب السفل: انقضه حتَّى أبني بآلة نفسي، هل له ذلك أم لا؟ نُظِرَ: إن كان قد طالبه بالبناءِ، فلم يفعل ـ ليس له ذلك، وإن لم يطالبه ـ نُظِرَ: إن كان قد بنى عليه علوه ـ: لم يكن له ذلك، ولكن له أن يتملَّك السفل بالقسمة، وإن لم يكن بنى العلو ـ: فله ذلك.

وإن[3] انهدم الجدارُ المشتركُ، فبنياه معاً، علىٰ أن يكون لأحدهما ثلثه، وللآخر ثلثاه ـ: لم يجز؛ لأنه شرط له عوضاً على عمارةِ ملك نفسه، وكذلك: لو بنياه علىٰ أن يحمل عليه أحدهما ما شاء ـ: لم يجز.

ولو بناه أحدُهُما بإذن شريكه بآلةِ نفسه؛ على أن يكون له الثلثان ـ: جاز؛ فكأنه ٱشترىٰ سدس المبنى بثلث البناء.

ويشترط أن تكون الآلاتُ معلومةً، وكذلك: لو بناه بآلة مشتركةٍ أو بآلة شريكه والعمل منه على أن يكون الثلثان له ـ جاز، وما شرط له من الفضلِ في مقابلة عمله. ولو كان بين رجلَيْن دارٌ لها سفلٌ، وعلو سفلها لواحد، وعلوها للآخر ـ: فالسقف المتوسِّط يكون بينهما؛ لأنه سقف لصاحب السفل أرض لصاحب العلو: فإن تنازعاه حلفا، فلو أراد صاحبُ

---

(١) كُوَّة: الكَوُّ: الخَرْقُ في الجدار يدخل منه الهواء والضوء. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٨١٢).

(٢) في ظ: مِن أن يسقي منه زرعه.

(٣) في ظ: ولو.

السفل أن يفتح في السَّقْف كُوَّة يستضيء بها ـ: لم يكن له إلاَّ برضا صاحب العُلُوِّ.

وقال مالك ـ رحمة الله عليه ـ: هو لصاحب العلو.

وقال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: لصاحبِ السفل.

ولو تنازعا في الصَّحْن ـ نُظر: إن كان الدرج في أسفل الدارِ ـ: فالصحن بينهما؛ لأن كلَّ واحد منهما ينتفع به، وإن كان في أعلى الصحن ـ فإلى الدرج يكون بينهما، وفيما دونه وجهان:

أصحهما: لصاحب السفل؛ لأنه لا ممرَّ لصاحب العُلُوِّ عليه.

والثاني: يكون بينهما؛ لأنَّ صاحب العُلُوِّ ينتفع به بإلقاء القمامة فيه.

وإن تنازعا في الدَّرج ـ نُظر: إن كان من لَبِن، وتحته بيت ـ: فهو بينهما؛ لأنه سقفٌ لصاحب العُلُوِّ، وإن لم يكُنْ تحته بيت ـ: فهو لصاحب العُلُوِّ، وإن كان تحته موضعُ جُبٍّ ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: هو بينهما؛ لأنهما يرتفقان به؛ كما لو كان تحته بيت.

والثاني: هو لصاحب العلوِّ؛ لأن المقصود منه منفعة صاحب العُلُوِّ؛ فإن[1] كان الدرج مِنْ خشب ـ فهو لصاحب العلو. مسمَّراً كان أو غير مسمَّر؛ لأنه يختصُّ بالانتفاع به، فكلُّ موضع جعلناه لأحدهما؛ فإن نازعه الآخر ـ حلف من جعلناه له، وإن جعلناه بينهما ـ حلفا.

ولو تداعيا مسناة[2] بين نَهْر أحدِهما وأرضِ الآخر ـ: حلفا، وكان بينهما؛ لأنَّ لِكُلِّ واحد فيها منفعةً؛ فإنها تجمع الماء في النهر؛ فهي منفعة لصاحب النهر، وتمنع الماء من أرض الآخر؛ فهي منفعة له، والله أعلم بالصَّواب.

---

(١) في ظ: وإن.

(٢) سدٌّ يبنى لحجز ماء السَّيْل أو النهر، به مفاتح للماء تُفْتَح على قدر الحاجة. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٤٥٧).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الْحِوَالَةِ[1]

رُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ـ ﷺ ـ قَالَ: «مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ، وإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ»[2].

---

(١) الحوالة لُغَةً: هي من قولك: تحوَّل فلان عن داره إلى مكان كذا وكذا، فكذلك الحق تحوَّل مَالٌ من ذمة إلى ذمة.
وقال صاحب «المستوعب» الحوالة: مشتقَّة من التحوُّل؛ لأنها تنقل الحَقَّ من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، ويقال: حال على الرجل، وأحال عليه بمعنى، نقلهما ابن القطاع.
انظر: لسان العرب (٢/ ١٠٥٨).
واصطلاحاً:
عرفها الحنفيَّةُ بأنها: نَقْلُ الدَّيْنِ، وتحويله من ذمّة المحيل إلى ذمة المحال عليه.
عرفها الشافعية بأنها: نقل الحق من ذمة المحيل، إلى ذمة المحال عليه.
عرفها المالكية بأنها: نَقْلُ الدين من ذمة بمثله إلى أخرى تَبْرأُ بها الأولى.
عرفها الحنابلة بأنها: نَقْلُ الدَّيْنِ من ذمة المحيل، إلى ذمة المُحَالِ عليه.
ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٢٥١)، حاشية الباجوري (٢/ ١٦٧)، حاشية الدسوقي (٣/ ٣٢٥)، الكافي (٢/ ٢١٨)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٣).

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٦٧٤) كتاب البيوع: باب جامع الدين والحول، حديث (٨٤)؛ والبخاري (٤/ ٤٦٤)، كتاب الحوالة: باب هل يرجع في الحوالة، حديث (٢٢٨٧)؛ ومسلم (٣/ ١١٩٧)، كتاب المساقاة: باب تحريم مطل الغني، حديث (٣٣/ ١٥٦٤)؛ وأبو داود (٣/ ٦٤٠) كتاب البيوع: باب في المطل، حديث (٣٣٤٥)؛ والنسائي (٧/ ٣١٧) كتاب البيوع: باب الحوالة؛ والترمذي (٣/ ٦٠٠)، كتاب البيوع: باب مطل الغني ظلم، حديث (١٣٠٨)؛ وابن ماجه (٢/ ٨٠٣) كتاب الصدقات: باب الحوالة، حديث (٢٤٠٣)؛ والشافعي في «الأم» (٣/ ٢٣٣) كتاب الحوالة؛ وأحمد (٢/ ٢٤٥)؛ والدارمي (٢/ ٢٦١) كتاب البيوع: باب في مطل الغني ظلم؛ والحميدي (٢/ ٤٤٧) رقم (١٠٣٢)؛ وأبو يعلى (١١/ ١٧٢ ـ ١٧٣) رقم (٦٢٨٣)؛ والطحاوي في «مشكل الآثار» (٤/ ٨)؛ والبيهقي (٦/ ٧٠)، كتاب =

الْحِوالَةُ: هي نَقْلُ الحَقِّ، وتحويلُهُ مِنْ ذِمَّة إلى ذمَّة.

وهي جائزةٌ، إن[1] كان الدَّيْنان مستقرَّيْنِ في الذمَّة، وإن كانا من جنْسٍ واحدٍ، ووصْفٍ واحد، وهي مخصوصَةٌ بالجواز من بيع الكالىء بالكالىء جُوِّزتْ إرفاقاً[2] مخصوصاً من بيع ما لَيْسَ عنده.

= الحوالة: باب من أحيل على مليء فليتبع، كلهم من طريق أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: وذكره.

وأخرجه البخاري (٥/ ٧٥) كتاب الاستقراض: باب مطل الغني ظلم، حديث (٢٤٠٠)؛ ومسلم (٣/ ١١٩٧)، كتاب المساقاة: باب تحريم مطل الغني؛ وأحمد (٢/ ٣١٥)؛ وعبد الرزاق (٨/ ٣١٦) رقم (١٥٣٥٥)؛ والبيهقي (٦/ ٧٠)، كتاب الحوالة: باب من أحيل على مليء فليتبع، كلهم من طريق معمر عن همام بن منبه عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «مطل الغني ظلم». لفظ البخاري هكذا مختصراً.

وأخرجه الطبراني في «الصغير» (١/ ٢٣١) من طريق أبي قرة موسى بن طارق عن ابن جريج عن صالح مولى التوأمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «مطل الغني ظلم».

وقال الطبراني: لم يروه عن صالح إلا ابن جريج تفرد به أبو قرة. قال السهمي في «سؤالاته للدارقطني» (٤٠٢): سألت أبا الحسن الدارقطني، قلت: أبو قرة موسى بن طارق لا يقول أخبرنا أبداً يقول: ذكر فلان. أيش العلة فيه. فقال: هو سماع له كله وقد كان أصاب كتبه آفة فتورع فيه فكان يقول: ذكر فلان اهـ.

وأخرجه الخطيب في «تاريخ بغداد» (٦/ ٢٩٤) من طريق علي بن مسهر عن عاصم الأحول عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «مطل الغني ظلم».

وفي الباب عن ابن عمر

أخرجه الترمذي (٣/ ٦٠٠ ـ ٦٠١) كتاب البيوع: باب ما جاء في مطل الغني أنه ظلم، حديث (١٣٠٩)؛ وابن ماجه (٢/ ٨٠٣)، كتاب الصدقات: باب الحوالة، حديث (٢٤٠٤)؛ وأحمد (٢/ ٧١) من طريق هشيم، ثنا يونس بن عبيد عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «مطل الغني ظلم وإذا أحلت على مليء فاتبعه ولا تبع بيعتين في واحدة».

والحديث ذكره الحافظ البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٤٢) مع أنه ليس على شرطه فقد أخرجه الترمذي أيضاً ولم ينفرد به ابن ماجه.

فقال: هذا إسناد رجاله ثقات غير أنه منقطع، قال أحمد بن حنبل: لم يسمع يونس بن عبيد من نافع شيئاً إنما سمع من ابن نافع عن أبيه، وقال ابن معين وأبو حاتم: لم يسمع من نافع شيئاً.

والمعنى: إذا أُحِيل أحدكم على غَنِيٍّ بمالِهِ (فلْيَحْتَلْ) عليه، وليطالبه بحقه، قال الله تعالى: ﴿فمن عُفِيَ لَهُ مِنْ أخيهِ شَيْءٌ فاتِّبَاعٌ بالْمَعْرُوفِ﴾ (أي: مطالبته بالمعروف)، ﴿وأداء إليه بإحسان﴾ والتَّبِيعُ: الَّذي يتبعك بحقٍّ ويطالبك به. ومنه قوله تعالى: ﴿ثُمَّ لا تجدُوا لَكُمْ عَلَيْنَا بِهِ تَبِيعاً﴾، أي: تَابِعاً ومطالباً يُطالبنا بأن نصرفه عنكم.

(١) في ظ: إذا.

(٢) في أ: جوزت إرفاقاً كالسلم.

ولا يشترط اتفاقُ الدَّيْن في سبب الوجوب بعد أن كانا مستقرَّيْن حتَّى لو كان أحدهما ثمناً أو أُجْرَةً، والآخرُ قَرْضاً أو بدَلَ إتلافٍ ـ: تصحُّ الحوالة.

وأما ما ليس بمستقرٍّ كالمسلَّم فيه، ومالِ الكتابة ـ: لا يجوز الحوالةُ به؛ ولا عليه؛ كما لا يجوزُ الاعْتِيَاضُ عنه.

وٱختلف أصحابنا في جنس المالِ الذي يَجُوزُ الحوالة به:

منهم من قال: لا تَجُوزُ إلاَّ بما لَهُ مثلٌ؛ كالأثْمَانِ والحبوب وما أشبهها؛ لأنَّ المقصود من الحِوالة: إيصالُ الغريمِ إلى حَقِّهِ على الوَفاءِ مِنْ غيرِ زيادةٍ، ولا نُقْصانٍ، ولا يمكن ذلكَ إلاَّ فيما لهُ مِثْلٌ.

ومنهم مَنْ قال ـ وهو الأصحُّ ـ: يجوزُ بكلِّ ما يثبت في الذِّمةِ بعقد السَّلَمِ؛ كالثياب والحيوان، كما يجوز الاعتياض عنها.

ولا تجوزُ إلاَّ بمالٍ معلومٍ وهل تجوز بإبل الدِّيَةِ؛ مثلُ إن أوْضَحَ رأْسَ إنسانٍ عمداً، والمجنيُّ عليه أوْضَحَ رأْسَ آخر، أو قلع سِنَّهُ عمداً، ثم الجاني الثاني أحالَ المجنيَّ عليه على الجاني الأوَّل؟ فيه قولان؛ بناءً على جواز المُصالحَةِ عنهما:

أصحُّهما: لا تجوزُ؛ لأنها مجهولة الصفات.

والثاني: تجوزُ، لأنها معلومةُ الأسْنانِ.

والحوالةُ معاوضةٌ، أم ٱستيفاء؟ خرَّجه ابن سُرَيْج على قولين:

أحدهما: معاوضَةٌ؛ فكأنَّ المحيلَ باع ماله في ذمَّة المحال عليه بما للمحتالِ في ذِمَّتِهِ.

والثاني: ٱستيفاء؛ كأنَّ المحتال ٱستوفَىٰ حَقَّهُ من المحيلِ، وأقرضَهُ من المُحالِ عليه.

ويشترطُ لصحَّة الحوالة رضا المُحيلِ والمحتالِ؛ لأنَّ للمحيلِ أنْ يؤدِّي الدَّيْن مِنْ حَيْثُ شاء، والمحتال حَقُّهُ في ذمَّة المحيل؛ فلا يجوزُ له نقله إلى ذِمَّة الغير، إلا برضاه، ولأنَّ الذِّمَمَ مختلفة؛ كما لو أراد أن يعطيه عَيْناً من غير جنسِ حَقِّه، وهل يشترط رضا المحالِ عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما ـ وبه قال أبو حنيفة ـ: يشترط؛ لأنه آخذ ممن تتم به الحوالة؛ كالمحيل والمحتال.

والثاني: لا يشترطُ، وهو الأصحُّ؛ لأنه متصرِّفٌ فيه؛ كمن باع عَبْداً بشرط رضا البائعِ والمشترِي.

ولا يشترط رضا العبد، وهذا بناء على ما ذكرنا، إن جعلنا الحوالةَ معاوضةً؛ لا يشترط رضاه؛ لأنه حَقٌّ ثَبَتَ للمحيل؛ فلا يحتاج في مبادلته إلى رضا غيره.

وإن قلنا: استيفاء ـ: يشترط رضاه؛ لأنَّه لا يمكنه إقْرَاضُهُ إلاَّ برضاه، ولا يجوز أن يحيلَ بالدين الحَالِّ على المُؤجَّلِ، ولا بالمُؤَجَّلِ على الحَالِّ؛ لأن الحوالة للإرفاقِ؛ فلا يجوزُ مع الاختلاف كالعِوَضِ.

وقيل: إذا حَالَ بالمُؤجَّلِ على الحالِّ ـ: يجوز؛ بخلاف ما لو أحال بالحَالِّ على المؤجَّل: لا يجوز؛ لأن حقَّ المُحْتَالِ حَالٌّ؛ فلا يلزمه التأخير، وإذا حال بالمُؤجَّلِ على الحال ـ: جاز؛ لأن حق المحتال مؤجَّل، ويجوزُ لمن عليه تعجيله، وقد رَضيَ بتعجيله حيث أحال على الحَالِّ، وإذا كانا مُؤَجَّلَيْنِ بأجَلَيْنِ مختلفين ـ: لا يجوز.

وقيل: إذا حال بالأبعد على الأقرب ـ: يجوز؛ كما ذكرنا في المؤجَّل على الحالِّ.

ولا يجوز أن يحيلَ بالصِّحَاحِ على المكسَّر، ولا بالمكسَّر على الصِّحاحِ.

وقيل: إذا أحال بالمكسَّرِ على الصِّحاحِ ـ: يجوز، فكأنه تَبَرَّع بِفَضْلِ الصحة، ولا يجوز بالصحاحِ على المكسَّر؛ لأنه يصيرُ كأن المُحْتَالَ يبذلُ عوضاً على الحوالة، وهو فَضْلُ الصحة.

وإذا أحال بالدَّيْن على إنسان، فقتل، ثم أفْلَسَ المُحَالُ عليه، أو مات معدماً، أو جحد ـ: لم يكن للمحتال أن يرجع على المحيل؛ لأنَّ بالحوالة انتقل الحَقُّ إلى المُحَالِ عليه، وبَرِئَتْ ذِمَّةُ المحيل؛ فلا رجوع له عليه؛ كما لو اْعْتَاضَ عن الدَّيْنِ شيئاً، فتلف في يده بعد القبض، لا رجوع له على مَنْ عليه الدَّيْنِ.

وقال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إن مات مُعْسِراً، أو جحد وحلف ـ: له أن يرجع على المُحِيل، والحديثُ حُجَّةٌ؛ فإنَّ النبي ـ ﷺ ـ أمر باتباع المُحَالِ عليْهِ؛ ولأن بقبول الحوالةِ: سقطَتِ المطالبَةُ عن المُحِيلِ، فلا يجوزُ أن يرجعَ عليه؛ كما لو اشترى عنه بالدَّيْنِ شيئاً، وهلَكَ في يده: لا يرجع عليه.

ولو شرط في الحوالة مَلاَءةَ المُحالِ عليه؛ فلم يكنْ ـ: هَلْ له أن يَرْجِعَ على المُحِيل؟ فيه وجهان:

عامَّة أصحابنا على أنه لا يرجعُ؛ لأنَّ عدم المَلاَءة: لو كان نقصاً معتبراً في هذا الباب، لكان عند الإطلاق معتبراً.

وقال ابن سُرَيجِ: يرجع؛ كما لَو اشترىٰ عبداً، وشرط أنه كاتب، فلم يكن له الرَّدُّ.

والأوَّل أصحُّ؛ لأن الإعسار مع أنه نقص ـ: لم يثبت الخيار عند عدم الشرط، فبالشرط ـ: لا يثبت، وليس كالكتابة؛ لأنَّ عدم الكتابة لَيْسَ بنقص؛ إنما هو عَدَمُ فضِيلةٍ؛ فاختلف الأمْرُ فيه بين الشَّرْط وعدمه.

وهل تصحُّ الحوالة على مَنْ لا دَيْن عليه للمحيل؟ فيه وجهان، بناءً على أن الحوالة معاوضةٌ، أم آستيفاء؟

إنْ قلنا: معاوضةٌ ـ: لا يجوز؛ لأنَّه ليس في ذمَّة المحالِ عليه شيء؛ فكيف نجعله عوضاً عما للمحتال في ذمَّته.

وإنْ قلنا: آستيفاء ـ: يجُوزُ، فكأنَّ المحتال أخذ حَقَّهُ، وأقرضه من المحال عليه، فإن جوَّزنا ـ: يشترط رضا المحتالِ والمحالِ عليه، ولا يشترطُ رضا المُحِيل؛ لأنَّ أداء دَيْنِ الغير ـ: يجوزُ بغير إذنِهِ؛ فيكفي أن يقول ـ يعني: المحال عليه ـ: أحلت الدَّيْن الذي لك على فلانٍ عَليَّ؛ فيصيرُ كأنه ضَمِنَ.

فإن قلنا: لا يصحُّ ـ: لا يجبُ على المُحَالِ عليه شَيْءٍ؛ فإن تطوَّع وقضىٰ ـ نُظر: إن قضى بغير إذن المحيل ـ: لا يرجع عليه، وإنْ قضى بإذنه بشرط أن يرجع عليه ـ: رجع عليه، وإن أطلق الإذنَ ـ هل يرجعُ عليه؟ فيه وجهان؛ كما لو قال رَجُلٌ: اقْضِ دَيْنِي.

وإنْ قلنا: تصحُّ الحوالة ـ: فهو كما لو ضمن المحالُ عليه الدَّيْن عن المحيل، فإن قضاه بإذْنِهِ رجع عليه، وإن قضى بغير إذنه ـ إلا أن الحوالة كانَتْ بإذنه وإحالتِهِ ـ فعلى وجهين:

أظهرهما: لا يرجع؛ لأنه لزمه بإحالته، فحيث قلنا: يرجع ـ فقبل الأداء، هل له مطالبةُ المحيل بتحليفه؟ ـ نُظِرَ: إن طالبه المحتال بالأداء ـ: له مطالبة المحيلِ، وقبل المطالبة: هل له مطالبة المحيل بتحليفه؟ فيه وجهان؛ كما ذكرنا أن الضامن، هل يطالب المضمون عنه بتحليفه؟ وهلُ له أن يرجعَ على المحيل قبل أداء حقِّ المحتال؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا؛ كما لا يرجع الضامنُ على المضمون عنه، إلاَّ بعد أداء حَقِّ المضمون له.

والثاني: يرجع؛ لأنَّ بالحوالة: آنتقل الحقُّ إلى ذِمَّةِ المحالِ عليه، وفي الضمانِ: لم ينتقلْ عن ذمَّة المضمون عنه.

والأوَّل أصحُّ؛ لأنه لا يرجعُ قبل الأداء، ولا تَبرَأُ بهذه الحوالة ذِمَّةُ المحيل؛ كما في الضمان[1]: لا تبرأ ذمة المضمون عنه، ففي الحقيقة: هذا ضَمَانٌ بلفظ الحوالةِ، حتَّى لو

---

(١) في ظ: كما بالضمان.

أبرأ المحتال المُحَالَ عليه ـ: لا يرجعُ المحال عليه على المحيل؛ وكذلك: لو وهب منه قبل أن يقبض، ولو قبضه من المحال عليه، ثم وَهَبَهُ منه، هل يرجعُ على المحيل؟ فيه وجهان.

ولو أن المحال[١] عليه في هذه المسألة ـ أحالَ صاحبَ الحَقِّ على غيره بهذا الحقِّ ـ نُظِرَ: إن أحاله علىٰ مَنْ له علَيْهِ دَيْنٌ ـ: كان له الرجوعُ على المحيل الأوَّل في الحال؛ لأنَّه أدَّاهُ بنفس الحوالة، وإنْ أحاله الثاني ـ أيضاً ـ على مَنْ لا دَيْنَ عليه ـ: لم يرجع على الأوَّل، ما لم يرجع عليه؛ كما لو ضمن ضَامِنٌ هذا الدَّيْن عن المحالِ عليه ـ: لا رجوع له على المُحِيل حتَّى يؤخذ مِنْ ضامنه أو منه؛ حينئذٍ: يرجعُ على المحيل.

ولو كان له علىٰ رجلين ألْفٌ، وكلُّ واحد ضامنٌ عن صاحبه، فأحاله أحدهما على رجلٍ ـ: برئت ذِمَّةُ المحيل عن حقّهما جميعاً.

ولو أحال مَنْ له الحقُّ غريماً بماله له علَيْهِ ألْفٌ عليهما؛ حتى يطالب أيهما شاء ـ هل يجوز؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأنه لا يأخذُ إلاَّ قدر حقِّه.

والثاني: لا يجوزُ؛ لأنه يتوسَّع به على المحتالِ محل المطالبة، فكأنَّ المحيل بَذَلَ عِوَضاً على قبول الحوالة. [قال الشيخ][٢]: فكذلك لو كان لرجُلٍ عليه ألْفٌ، فأحاله على رجُلَيْن له على كلِّ واحد ألف حتَّى يطالب أيهما شاء، أو كان قد ضَمِنَ له رجُلٌ ألْفاً له على إنْسانٍ، فأحاله على الضَّامِن، وعلى المضمون عنه حتَّى يطالب أَيَّهما شاء ـ: فعلى الوجهين.

[قال الشيخ][٣]: هذا إذا أحال عليهما معاً؛ أمَّا إذا أحال على أحدهما، ثم أراد أن يحيله على الثاني ـ: لا يجوز؛ لأنه إذا أحال على الأوَّل ـ: بَرِئَتْ ذِمَّتُهُ عن حَقِّ المحتال؛ فلا تصحُّ الحوالة الثانية.

ولو أحَالَ المديون غَرِيمَهُ على رجُلٍ له عليه مِثْلُهُ، ثم المحال عليه أحاله على آخَرَ، ثم المحالُ عليه الثاني أحالَهُ على ثالثٍ ـ: جاز، وكذلك: لو أحال رَبُّ الدَّيْنِ غرِيمَهُ على المَدْيون، ثم المحتال أحَالَ غريماً له عليه، ثم الثاني أحال غريماً له عليه ـ: جاز؛ ففي الصورة الأُولىٰ: تَعَدَّدَ المُحَالُ عليهم، وفي الثانية: تَعَدَّدَ المُحْتالون.

---

(١) في أ: المحيل.
(٢) في ظ: قلت.
(٣) في ظ: قلت.

فَصْلٌ [فيما إذَا وَجَدَ بالمَبِيع عَيْباً في الحَوَالةِ]

إذا باع عَبْداً بألف، ثم البائِعُ أحالَ غريماً له على المشتري بألف، ثم وجد المشتري بالمبيع عَيْباً وردَّهُ ـ: لا تبطل الحوالة؛ لأنَّها عقد آخر يثبت به حقٌّ لغير المتعاقدين؛ كما لو اشترى عبداً بثوبٍ وقبضه وباعه، ثم وجد البائع بالثوب عَيْباً وردَّه ـ: لا يفسخ البيع الثاني، ثم المشترِي: إذا دَفَعَ حَقَّ المحتالِ ـ: رجع على البائع، وهل له الرجوعُ إليه قبل أن [يدفع حَقَّهُ إلى المحتال][1] فيه وجهان.

أما المشتري إذا أحالَ البائعَ بالثَّمَنِ على رجُلٍ، ثم وجد بالعبد عَيْباً، وردَّهُ ـ هل تبطل الحوالة؛ اختلف أصحابنا فيه:

منهم من قال: لا تبطلُ الحوالة؛ كما في الصورة الأولى.

ومنهم من قال: تبطلُ الحوالة، وهو قولُ أبي إسحاق.

وذكره المزنيُّ في «المختصر»؛ بخلاف الصورة الأولى؛ لأن هناك: تعلّق به حق [غير] المتعاقدَيْن، وهو الأجنبيُّ المحتالُ، وههنا: وجدت الحوالة بالثمن الذي هو حَقُّ العاقد، فإذا فسخ العقد ـ خرج المُحَالُ به من أن يكون ثمناً، وسقط حَقُّ العاقد؛ فبطلت الحوالة.

ومِنْ أصحابنا من بنى هذا الاختلافَ على أنَّ الحِوالة معاوضةٌ أم استيفاء؟ إنْ قلنا: معاوضةٌ ـ: لا تبطل؛ كما لو باع ثوباً مِنْ بائع العبد بالثمن، ثم وجد بالعبْدِ عَيْباً، فرده[2]، لا يبطُلُ العَقْدُ في الثوب؛ بل يستردُّ ثمن العبد.

وإن قلنا: الحوالةُ استيفاءُ ـ: تبطل؛ لأنَّ الحوالة إرفاقٌ[3]، فإذا بطل الأصلُ: بطل الإرفاق؛ كما لو باع عَبْداً بدراهم مُكَسَّرَةٍ، فتبرَّع المشتري، فأدَّى الصِّحَاح، ثم رَدَّ العبد بالعيب ـ: يسترد الصِّحَاح.

وإنْ[4] قلنا: تبطل الحوالة ـ: نُظِر: إن كان البائعُ قد أخذ المال من المُحَالِ عليه ـ: أخذه المشتري منه، وتعيَّنَ حقُّه فيه، إن كان قائماً، وإن كان تالِفاً ـ: أخذ بَدَلَهُ من البائع، وإنْ لم يكُنْ أخذه ـ: فلا يأخذه؛ لأنه حقُّ المشتري.

وإنْ قُلْنا: لا تبطلُ الحَوَالة ـ: فقد سقط حقُّ المشتري على المحال عليه ،ثمَّ إنْ كان البائعُ قد أخذه ـ: رَجَعَ المشتري عليه، ولا يتعيَّن حقُّهُ فيما أخذ [وإن][5] لم يكنْ أخذه،

(١) في ظ: يدفع إلى المحتال حقه.
(٢) في ظ: وردّه.
(٣) الإرفاق: الانتفاع. ينظر: النظم المستعذب (١/ ١٤٨).
(٤) في ظ: فإن.
(٥) في ظ: إنما.

فهَلْ للمشتري أن يرجع على البائع قبل أن يأخذه البائع من المحال عليه؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: لا؛ لأنَّه لم يأخذْ شيئاً.

والثاني: له أن يَرْجِعَ عليه؛ لأنَّ الحوالة كالمقبوضة؛ بدليل أن المشتري إذا أحال البائِعَ بالثمنِ على إنسانٍ ـ: سَقَطَ حقُّ البائع عن حبس المَبِيع، وكذلك: الزَّوْج إذا أحال المرأة بالصَّداقِ على إنسانٍ: لا يجوزُ لها بَعْدَ ذلك حَبْسُ نفسها عن الزَّوْجِ.

ولو أحال الرجُلُ امرأته بالمَهْرِ على إنسانٍ، ثم ارتدَّتِ المرأة قبل الدخول، هل تبطل الحوالة؟ فعلى وجهين، بناءً على ما لو أحال المشترِي البائعَ بالثمن، ثم رَدَّ المَبِيعَ بالعَيْبِ.

ولو أحال البائعُ غَرِيمَهُ على المشتري، ثم المتبايعان تَقارًا على أن العَبْد المبيعَ كان حُرَّ الأصل ـ نُظِرَ: إنْ صدَّقهما المحتال، فالحوالة باطلةٌ، وحَقُّ المحتال على البائع؛ لأنَّ الحوالة تتمُّ بالمحيلِ والمحتالِ، فإذا تقَارًا على حُرِّيةِ العبد بَطَلتِ الحوالة؛ كما لو تبايعا عبداً، ثم اتفقا على حُرِّيَّتِهِ ـ: كان البيع باطلاً، وإن كذَّبهما المحتال، وقال: العبد مملوك ـ لا يخلو: إما إنْ قامت بيِّنةٌ على حُرِّيَّته، أو لم تقُمْ، فإن قامت بيِّنَةٌ ـ نُظِرَ: إن أقامها البائع أو المشتري ـ: لا تسمع؛ لأنهما كذبا البيِّنة بدخولهما في البيع، وإن أقام العبد بيِّنةً على حُرِّيته ـ: فالحوالة باطلةٌ، فإن لم تكنْ بيِّنةٌ فلهما تحليفُ المحتال فإنْ حلف فالحوالةُ بحالها، ولا يقبلُ قولهما في بطلان حقِّ المحتال؛ كما لو اشترىٰ عبداً، وباعه، ثم اتفَقَ البائع الأوَّلُ والمشتري: أنَّه كان حُرّاً ـ: لا يقبلُ قولهما في حَقِّ المشتري الثاني.

إذا ثبت أن الحوالة لا تبطُلُ ـ: فالمحتال يأخذ الألْفَ من المشتري، والمشتَرِي لا يرجعُ على المحيلِ بشيءٍ؛ لأنه يقولُ: قد ظَلَمنِي المحتالُ بما أخذ مِنِّي؛ فلا يرجعُ بما ظلم على غَيْرِ مَنْ ظلمَهُ.

فَصْلٌ في الاخْتِلاَفِ

إذا أَمَرَ المَدْيونُ غَرِيمَهُ بقبض دَيْنٍ له على آخر، ثم اختلفا، فقال المديون: وكَّلْتُكَ بقبضه لي، وقال الغَرِيمُ: لا، بَلْ أحلتني عليه ـ: ففيه ثلاثُ مسائل:

إحدَاهَا: أنْ يختلفا في اللَّفْظِ، فقال المحيلُ: وكَّلْتُكَ بلفظ الوكَالَةِ، وقال المحتالُ: بَلْ أحْلتنِي بلفظ الحَوالَةِ ـ: فالقَوْلُ قَوْل مَنْ عليه الحَقُّ مع يمينه؛ لأنهما اختلفا في لفظه.

الثاني:[1] لو اتفقا على لفظ الحِوالةِ، واختلفا في المرادِ، فقال المحيلُ: أردتُّ به التوكيل، وقال المحتالُ؛ بَلْ أحَلْتَني ـ: فالقول قولُ مَنْ يكون؟ فيه وجهان:

---

(١) في ظ: الثانية.

قال ابن سُرَيْجٍ: القولُ قَوْلُ المحتالِ مع يمينه؛ لأنَّ اللفظ يشهد له.

والثاني: القول قول مَنْ عليه الحقُّ؛ وهو قولُ المزنِيِّ وسائرِ الأصحابِ؛ لأنَّه يدعي بقاء الحَقِّ عليه.

ولو أنهما اختلفا في أصْلِ الإذْنِ ـ: كان القولُ قولَهُ، كذلك: إذا اختلفا في صفة الإذْن ـ: كان القول قوله.

الثالثة: لو اتفقا على أنه قال له: اقْبِضْ، واختلفا في المراد ـ: فالقول قولُ الآمر مع يمينه، فكُلُّ موضعٍ جعلنا القولَ قوْلَ المحتالِ، فإذا حلف: ثبت الحق له وبريء المحيل، وثبت له مُطالبَةُ المُحالِ عليه.

وإن قلنا: القولُ قَوْلُ مَنْ عليه الحقُّ، فإذا حلف ـ: نُظِرَ: إن لم يكن الغريم أخذ شيئاً ـ: لم يكن له أخذه؛ لأنه ثَبَتَ بيمين المديونِ، إن كان وكيلاً، فقد انعزلَ عن الوكالة بإنكاره، وإن كان قد قبض المال دفعه إلى المحيلِ، إن كان قائماً، وإن كان تَالِفاً ـ: ضمن، سواءٌ تلف أو أتلفه؛ لأنه بيمين مَنْ عليه الحقُّ: يثبت أنه كان وكيلاً، والوكيلُ إذا أخذ المال لنفسه ـ كان ضامناً، وهل للمحتال أن يرجعَ على المحيلِ بدينه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجعُ؛ لأنه أقرَّ ببراءَةِ ذِمَّتِهِ عن دينه.

والثاني: يرجعُ؛ لأنه يقولُ: إن كنْت محتالاً ـ: فقد استرجع منِّي ما أخذته بحكْمِ الحوالة، وإن كنت وكيلاً فَحَقِّي بَاقٍ في ذمَّته، وإنْ كان الاختلافُ على العكْسِ، قال المديونُ: أَحَلْتُكَ عليه، وقال الغريمُ: وكَّلتني بقبضه، وذلك بأنْ يكون المحالُ عليه مُفْلِساً؛ فيريدُ المحتال مطالبة المحيل ـ: فعلى قول أبي العَبَّاس: القولُ قولُ المحيل مع يمينه؛ لأنَّ اللفظ يشهدُ له، وعلى قول المزني وسائر أصحابنا: القولُ قولُ المحتال مع يمينه؛ لأن الأصل اشتغالُ ذمة المديون بحقِّه.

فإن قلنا: يقول ابن سُرَيْج: فحلف المحيلُ، بريء من دَيْنِ المُحْتَال، وللمحتال مطالبةُ المحالِ عليه بالدَّيْنِ: إما بحكم الحوالة، أو بحكم الوَكالة، وإذا أخذه كان له؛ لأنَّ المحيل يقولُ: هو له بحكمِ الحِوالة، والمحتال يقول: هو لي مِنْ مال مَنْ لي عليه الدَّيْنَ.

وإن قلنا بقول المزنيِّ، فحلف المحتال ـ نُظِرَ: إن كان قد أخذ المَالَ من المحال عليه ـ دفعه إلى المديون، فأستوفى[1] حقَّهُ مِنْهُ إن كان قائماً، وإنْ كان تالفاً ـ نُظِرَ: إن تلف بتفريطٍ من جهته ـ لزمه ضمانُهُ، ويثبت للمحيل عليه ما يثبت له على المحيل، فيتقاصَّانِ، وإنْ تلف بغَيْر تفريط مِنْ جهته، فلا ضَمَانَ عليه؛ لأنَّه حلف أنه وكيلٌ؛ ويَدُ الوكيل يَدُ أمانة،

(١) في ظ: أو اشترى.

ويرجع بحقِّه على المحيل، وبرئَتْ ذِمَّةُ المحالِ عليه؛ لأن القابض إن كان مُحْتالاً ـ: فقد وفَّاهُ حَقَّهُ، وإن كان وكيلاً: فقد دفع إليه، وإن لم يكن المحتال قَدْ أخذ المال من المحال عليه، كان له مطالَبَةُ المحيل بِمَا لَهُ في ذِمَّتِهِ، وهل يرجعُ المُحِيلُ على المحال عليه بشَيْءٍ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنَّه مُقِرٌّ بأنَّ ما عليه صَارَ للمحتالِ.

والثاني: يرجعُ؛ لأنَّه إن كان وكيلاً ـ: فَدَيْنُهُ باقٍ في ذمَّة المُحَالِ عليه؛ لأن وكيله لم يقبضْ، وإن كان مُحْتالاً بعد قبض المحتال للمال منه ظُلْماً، وهو مقرٌّ بأن ما في ذمة المحال عليه للمحتال ـ: كان له أخْذُهُ؛ عِوضاً عما أخذ منه ظُلْماً، والله أعلم.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتابُ الضَّمَانِ[1]

رُوِيَ عَنْ أبي أُمامَةَ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ـ ﷺ ـ يَقُولُ: «الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ، والزَّعِيمُ غَارِمٌ، والدَّيْنُ مَقْضِيٌّ»[2].

---

(١) الضَّمَانُ لغةً: مصدر: ضَمِنَ الشيء ضَمَاناً، فهو ضامن وضَمِينٌ: إذا كَفَلَ به. وقال ابن سيده: ضمن الشيء ضَمَناً وضَمَاناً، وضَمَّنَهُ إياه، كَفَّلَهُ إياه، وهو: مُشْتَقٌّ من التَّضْمُّنِ؛ لأن ذمة الضامن تَتَضَمَّنُ، قاله أبو يَعْلَىٰ.

وقال ابن عقيل: الضَّمان مأخوذٌ من الضَّمِنِ، فتصير ذِمَّةُ الضَّامِنِ في ذمة المضمون عنه.

وقيل: هو مشتقٌّ من الضمّ، لأن ذمة الضامن تَنْضَمُّ إلى ذمة المضمون عنه، والصواب: الأول؛ لأن «لام» الكلمة في الضم «ميم»، وفي الضمان «نون» وشرط صِحَّةِ الاشتقاق كون حروف الأصْلِ موجودةً في الفَرْعِ.

انظر: تحرير التنبيه ٢٢٧، ولسان العرب (٤/ ٢٦١٠).

اصطلاحاً:

عرفه الأحْنافُ بأنه: الكَفَالة، وهي: ضَمُّ ذمَّة إلى ذِمَّةٍ في المطالبة.

وعرفه الشافعية بأنه: التزام ما في ذِمَّةِ الغير من المال.

عرفه المالكية بأنه: شَغْلُ ذِمَّةٍ أخرى بالحَقِّ.

عرفة الحنابلة بأنه: التزام من يَصِحُّ تبرُّعه.

انظر: شرح فتح القدير (٧/ ١٦٣)، المحلى على المنهاج (٢/ ٣٢٣)، مواهب الجليل (٥/ ٩٦)، الإقناع (٢/ ٣٧)، كشاف القناع (٣/ ٣٦٢)، أسهل المدارك (٣/ ١٩).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٨٢٤)، كتاب البيوع والإجارات: باب في تضمن العارية، حديث (٣٥٦٥)؛ والترمذي (٣/ ٥٦٥) كتاب البيوع: باب العارية مؤداه، حديث (١٢٦٥)؛ وابن ماجه (٢/ ٨٠٤) كتاب الصدقات: باب الكفالة، حديث (٢٤٠٥)؛ وأحمد (٥/ ٢٦٧)؛ والطيالسي (١١٢٦)؛ وعبد الرزاق (٨/ ١٧٣) رقم (١٤٧٦٧)؛ وابن أبي شيبة (٧/ ٢٠٠)؛ وابن الجارود في «المنتقى» رقم (١٠٢٣)؛ =

[الضمان جائزٌ][1] وهو أن يكونَ لرجُلٍ عَلىٰ آخر دَيْنٌ، فجاءَ إنسان، وضمنه له، ثم صاحبُ الحَقِّ بالخيار: إن شاء طالب الضَّامن، وإن شاء طالب المضمون عنه، وإن شاء طالَبَهُما جميعاً.

وعند مالك ـ رحمةُ اللَّهِ عليه ـ: ليس ـ لرَبِّ المالِ مطالبةُ الضامن إلاَّ بعد العَجْزِ عن المضمون عنه.

وعند ابن أبي لَيْلىٰ: ليس له مطالبةُ المَضْمُون عنه إلاَّ بعد العجز عن مُطالَبَةِ الضامن بأن يكون[2] معدماً؛ كما يقول في الحوالة.

ويصحُّ الضمان بغير إذْن المضمونِ له والمضمونِ عنه؛ بأن يقول: ضَمِنْتُ المالَ الذي لِزَيْدٍ على عمرٍو؛ لأنه يجوز قضاءُ دَيْنِ الغَيرِ بغير إذنه، فإذا ضمن ـ: كان للمضمون له مطالبته.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ وحده: إذن المضمون له شرطٌ، وهل يشترطُ أن يعرف الضامِنُ المضمونَ له، والمضمونَ عنه؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يشترط أن يعرفهما جميعاً؛ لأنه معاملة تجري بينهم، فيشترط معرفة المضمون له؛ حتى يمكنه الدفع إليه، ويشترط معرفة المضمون عنه؛ ليعلم هل هو من أهل المعروف[3]؛ كما يشترط معرفَةُ المالِ؛ ليعلَمَ هل يقدر عليه أم لا؟[4].

والوجه الثاني: لا يشترطُ معرفتهما؛ كما لا يعتبر رضاهما، فإذا عرف المضمونُ له أن له دَيْناً على مجهول، فضمنه، أو عرف المضمونُ عنه أنَّ لمجهولٍ عليه دَيْناً، فضمنه، وأدَّاه ـ: جاز؛ فإنَّ أبا قتادة ضَمِنَ عن الميت الدَّيْنَ من غير سؤال عن المضمون له وعنه[5].

والوَجْه الثالثُ: لا يُشْتَرطُ معرفةُ المضمونِ عنه، ويشترَطُ المضمونُ له؛ ليعلم المدفوع إليه، وهذا أصحُّ عندي.

ثم إذا ضمن بإذن المضمون ـ عنْه، وأدَّى بإذنه ـ له أن يرجعَ علَيْهِ، وإن ضمن بغير

= والدارقطني (٣/ ٤١)، كتاب البيوع، حديث (١٦٦)؛ وأبو نعيم في «تاريخ أصبهان» (٢/ ٢٨١)؛ والبيهقي (٦/ ٨٨)، كتاب العارية: باب العارية مؤداه والقضاعي في «مسند الشهاب» (١/ ٦٤)؛ والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٣٦٩ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق إسماعيل بن عياش ثنا شرحبيل بن مسلم قال: سمعت أبا أمامة يقول: سمعت رسول الله ـ ﷺ ـ يقول في خطبة الوداع: وذكر الحديث.
وقال الترمذي: حديث حسن.

(١) سقط في ظ.
(٢) في أ: يموت.
(٣) في أ: أهل المعروف معه.
(٤) في ظ: أم لا يقدر.
(٥) تقدم في كتاب الجنائز.

إذنه، وأدَّى بغيْر إذنه، لا يرجعُ عليه؛ لأنه متبرِّع؛ كما لو أنفق على عيالِ إنسانٍ بغير إذنه ـ: لا يرجع عليه، وإن ضمن بإذنه، وأدَّى بغير إذنه ـ نُظِر: إنْ لم يمكنْهُ الاسْتِئْذانُ منه عند الأداءِ: بأنْ كان غائباً، أو كان الضَّامِنُ مَحْبُوساً ـ: رجع عليه، وإن أمكنه الاستئذان، فلَمْ يستأْذِنْ؟ فيه وجهان:

أصحهما ـ وهو المذهب ـ: يرجعُ عليه؛ لأنَّ الضمان كانَ بإذنه، والأداءُ لزمه بحُكْمِ ذلك الضَّمانِ.

وإن ضمن بغَيْر إذنه، وأدَّى بإذنه ـ: فالمذهَبُ: أنه لا يرجعُ، فحَيْثُ قُلْنا: يرجع ـ: فلا رجوعَ له قَبْل الأداء، ولا له مطالبة المضمون عنه بمال ليدفع[(١)] إليه؛ ليدفعه إلى رَبِّ الدَّيْنِ إذا طالبه، فأمَّا إذا طالبه المضمونُ له بالأداء، وكان ضمانُهُ بإذن المضمون عنه ـ: فله أن يطالبه بخلافه؛ لأنه لمَّا جاز أن يُغَرِّمهُ إذا غرم ـ: جازَ له أن يطالبه، إذا طولب، فقَبْل أنْ يطالبه المَضْمونُ له، هَلْ له مطالبةُ المضمونِ عنه؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: له ذلك؛ كما لو رهن عَبْد الغير [بغير][(٢)] أمْرِهِ ـ: للمالكِ مطالبته بِغَلِّهِ.

والثاني ـ وهو الأصَحُّ ـ: ليس له ذلِك؛ لأنَّه غَيْر مُحَبْوسٍ في الدَّيْن، والرَّهْن محبوسٌ فيه، فلَهُ أن يطالبه بغَلِّه، وليس للضامِن حَبْسُ المضمونِ عنه قَبْلَ أن يحبس، وبعدما حبس: فيه وجهان:

أحدهما ـ وبه قال أبو حنيفة، ـ رحمة الله عليه ـ: له حَبْسُهُ؛ لتخليصه.

والثاني ـ وهو الأصحُّ ـ ليس له حَبْسُهُ؛ لأنه لم يَتَوجَّهْ له عليه حَقٌّ قبل الأداء حتَّى يحبسه.

وأصْل هذا: أنَّ عقد الضمان، هَلْ يوجب عقلة بين الضامن والمضمون عنه؟ فيه وجهانِ لابْنِ سريج:

إنْ قلنا: يوجب ـ: فله حبسه، وإلاَّ فلا، ويخرَّجُ على هذا لو أبرأ الضامن [عن] المضمون عنه عَمَّا سيغرم، أو صالح عما سيغرم على بعضه، هل يصحُّ؟ فيه وجهان.

وكذلك: لو أعطى المضمون عنه الضامن ضماناً بما ضمن، أو في الابتداءِ، بشرط أن يعطى المضمون عنه ضماناً بما ضمن، هل يصحُّ؟ فيه وجهان:

الأصحُّ: أنه لا يصح شيء منه عندي.

---

(١) في ظ: بمناله ليدفعه.

(٢) سقط في ظ.

وإذا[1] أَحَالَ الضامِنُ المضمونَ له عَلىٰ رجلٍ له عَلَيْهِ دَيْنٌ، أو أحال المضمونُ له غَريماً له على الضَّامن ـ: فهو كما لو أَدَّاهُ الضامن ـ: فله أن يرجع على المضمونِ عَنْه، وإن لم يكُنْ قبضه [المحتالُ من المُحَالِ عليه][2]؛ لأنَّ الحوالة كالمقبوضة.

أَمَّا إذا أحاله الضامنُ على مَنْ لا دَيْن له عليه، وقَبِلَ المُحَالُ عليه، وقلنا: تصحُّ الحوالة ـ: برىء الضامن، ولا يرجعُ على المضمون عنه؛ لأنَّه لم يغرم شيئاً، كما لو أبرأ المضمونُ له الضَّامِنَ ـ: برئَتْ ذمَّته، ولا يرجع الضامنُ على المضمون عنه؛ لأنَّه لم يغرم شيئاً، وحَقُّ المضمون له لم يسقطْ عن المضمون عنه.

ولو قبض المضمونُ له الحَقَّ من الضامن، ثم وهبه له، هل يرجعُ الضَّامِن على المضمون عنه؟ فيه وجهان؛ بناءً على القولين في المرأة: إذا وهبت الصداقَ مِنَ الزَّوْج، ثم طلَّقها قبل الدخولِ.

ولو دفع المضمون عنه مالاً إلى الضامِن، وقال: خُذْ هذا بدلاً عما يَجِبُ لك عَلَيَّ بقضاءِ الدَّيْنِ ـ: فيه وجهان:

أحدهما: يجوزُ، ويملك الضامنُ؛ لأنَّ الرجوع يتعلَّق بِشَيْئَيْن: بالضمانِ، والغُرْم، وقد وجد أحدهما، وهو الضمانُ؛ كما يجوزُ تعجيلُ الزكاة بعد النِّصابِ قبل الحَوْل، فإذا قضى عنه الدَّيْن ـ اسْتَقَرَّ عليه مِلْكُهُ، وإن أبرأ عن الدين وجب رَدُّهُ كما يجبُ رَدُّ ما أخذ من الزكاة قَبْلَ الحَوْل إذا هلك المَالُ.

والثاني: لا يملكُ؛ لأنه أخذه بدلاً عَمَّا يجبُ في الثاني؛ كما لو دفع إليه شيئاً عن بَيْعٍ لم يعقدْهُ؛ فعلى هذا: يجب ردُّه فإنْ هلك عنده ـ ضمنه كالمقبوض بالشراءِ الفاسد، ولو قال لرجلٍ: اْقْضِ دَيْني، بشرط أن يرجع عليَّ، فقضى ـ: يرجعُ عليه، وإن لم يقُلْ: بشرط أن يرجع ـ ففيه وجهان:

أظهرهما: يرجعُ؛ لأنَّه أَدَّى حقًّا واجباً عليه بإذنه، ولو قال: اْقْضِ دَيْن فلانٍ، ففعل ـ: لم يرجع على الآمر؛ لأنَّ أداء دَيْن الغَيْر غَيْرُ واجب.

وإذا ضمن دَيْناً، ثم أَدَّى الضَّامن عَرَضاً، أو قال رجلٌ لآخر: اْقْضِ دَيْني، فدفع عَرَضاً إلى رَبِّ الدين، صالحه عليه ـ: جاز، ثم إنْ كانَتْ قيمتُهُ أَكْثَرَ من الدَّيْن ـ: لا يرجعُ بالزيادة على المضمونِ عَنْه؛ لأنَّه مُتبَرِّعٌ به، وإنْ كانت أقلَّ من الدَّيْن، بماذا يرجعُ؟ فيه قولان:

أصحهما: لا يرجعُ إلاَّ بقَدْرِ قيمةِ العَرَضِ؛ لأنَّه لم يغرمْ إلا ذلك؛ كما لو صالح مَعهُ

(١) في ظ: ولو.
(٢) في ظ: المحتال عليه.

صُلْحَ حطِيطَةٍ، لا يرجعُ إلاَّ بما صالحَ عليه.

والثاني: يرجعُ بجميع الدَّيْن؛ لأنه أَبْرَأَ ذِمَّتَهُ عَنْه، وكذلك لو ضمن المكسَّر، فأدّى الصِّحاح، لا يرجعُ بالصِّحاح، ولو ضمن الصحاح، فأدّى المكسر ـ: ففيه قولان:

أصحُّهما: يرجع بما أدّى.

أما إذا ضمن ألْفاً، وقد باع من المضمون له شيئاً يساوي خمسمائة بألف، فجعل الألف بالألف قصاصاً [يرجع بالألف]؛ لأنَّ الألْفَ كانَتْ ثابتة له.

ولو ضمن ذِمِّيٌّ لِذِمِّيٍّ دَيْناً لمسلم[1]، ثم أدَّى خَمْراً أو خنزيراً ـ: هل تبرأ ذِمَّةُ المسلم [عن حقِّ المضمون له؟] فيه وجهان:

أحدهما: لا تبرأ؛ كما لو دفع بِنَفْسِهِ الخمر.

والثاني: تبرَأُ؛ لأنه معاملة جَرَتْ بين ذِمِّيَّيْنِ.

فإنْ قلنا: تبرأ، هلْ يرجعُ الضامنُ على المسلم المضمُونِ عنه بشيءٍ؟ فيه وجهان:

إنْ قلنا: الاعتبارُ بما أدَّى ـ: لا يرجع، وإنْ قلنا: بما أَسْقَطَ ـ: يرجع عليه بالدين.

ولو ضمن ألْفاً، فصالحَ المَضْمون له مع الضامن على خمسمائة ـ: لا يرجع الضامِنُ إلاَّ بخمسمائةٍ، فالخمسمائة الأخرىٰ تسقطُ عن الضامن والأصيل جميعاً، وإنْ كان هو في الحقيقةِ أبْرَأَ عَنْ بعض الدَّيْن.

ولو أنَّه أبرأَ الضَّامِنَ صريحاً مِنْ خمسمائة: تسقط تلك الخمسمائة عن الضامِنِ، ولا تسقط عن الأصيلِ؛ لأنَّ الصُّلْحَ قَناعَةٌ من صاحب الحَقِّ عن الكثير بالقليلِ، وإذا قَنِعَ سقَطَ ما طَابَتْ به نفسه أصلاً، أمَّا إبراء[2] الضامن فهو إسقاطُ الوثيقة؛ فلا يوجب سُقُوطَ الدَّيْنِ؛ كَردِّ الرَّهْنِ.

فَصْــلٌ

فيما يصحُّ ضمانُهُ من الأموالِ: كُلُّ دَيْنٍ هو لازمٌ مُسْتَقِرٌّ؛ مِثْلُ: القُروضِ، وأُرُوشِ الجنايات، وبدل المُتْلَفاتِ، والثَّمَنِ في البيع، والأجرة في الإجارة، والصداقِ، وبدلِ الخلْع، والمسلَّمِ فيه؛ يصح ضمانُهَا، وإن كان بعضها بعرضِ السقوط؛ كالثَّمَنِ قبل القبض، والمسلَّم فيه، والأجرة قبل العمل، والصَّدَاقِ قبل الدخولِ، وكذلك: ما ليس بلازمٍ، ولكنَّه

(١) في ظ: عن مسلم.
(٢) في أ: أما إذا.

يفضي إلى اللزوم، كالثَّمَنِ في زمانِ الخيار ـ: يصحُّ ضمانه، أمَّا ما لا يفضي إلى اللُّزُومِ؛ مثل الدية على العاقلة، ونجومِ الكتابة ـ: لا يصح ضمانُهَا، وكذلك بَذْلُ الجَعَالَةِ: لا يصحُّ ضمانُهُ قَبْلَ الفراغ من العَمَل، ويصحُّ بعد الفراغ من العَمَل.

وقيل: يصحُّ بعد الشُّروعِ في العمل، وقبل الفراغ منه.

والأَوَّلُ أصحُّ؛ لأنه لا يصير لازماً بنفسه إلاَّ بعمل، بخلافِ الثمن في زمان الخيار.

أمَّا مالُ المسابقة والمُناضَلَةُ: إن جعلناها إجارة ـ: جاز ضمانه؛ وإلاَّ فكالجعالة.

وجملته: أنَّ ما جاز الرهْنُ به، جاز ضمانه، وقد يجوزُ ضمانُ ما لا يجوزُ الرهن به، وهو ضمانُ الدَّرَكِ[1]، وهو أنَّ مَنْ باع شيئاً، ثم خرج المبيعُ مُسْتَحقًّا ـ: يجبُ على البائع ردّ الثمن، فلو ضمنه إنسانٌ، فقال للمشتري: ضَمِنْتُ لك عُهْدَة هذا المبيع، حتَّى إذا خرج مستَحَقًّا أضمن لك الثَّمَنَ الذي دفعته ـ جاز على ظاهرِ المذهبِ، وهو قولُ أكثر أهْل العلم.

ويصحُّ البيع بشرطِ أن يعطى فلاناً كَفِيلاً بالعُهْدةِ، ولا يجوز الرهن به؛ لأنَّه ربَّما لايخرجُ المبيعُ مستَحَقًّا، فيبقى الرَّهْنُ محبوساً أبداً.

وذكر ابن سُرَيْج ـ رحمة الله عليه ـ قولاً: أنه لا يصحُّ ضمانُ الدَّرَكِ؛ لأنَّه ضمانٌ قبل الوُجُوبِ، والمذهَبُ جوازه؛ لأنَّه اُستئنافٌ للحقِّ، فَلاَ يكُونُ ضَماناً قبل الوجوب؛ لأنَّه إذا خرج مستحقًّا ـ: ظهر أنَّ رَدَّ الثَّمَنِ كان واجباً عليه.

ويَصِحُّ هذا الضَّمانُ بعْد تسليمِ المشتري الثَّمَنَ إلى البَائِعِ، وهل يصحُّ قبل تسليمه؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: لا يصحُّ، لأنَّه يضمن ما دخل في ضمان البائع، وقبل القبض: لم يدخل في ضمانه.

والثاني: يصحُّ؛ لأنه وجد سبب الضمان، وهو المَبِيعُ، فإذا ضَمِنَ الدَّرَك، ثُمَّ خرج المبيع مستَحَقًّا، فالمشتري بالخيار: إن شاء طالب البائع بالثمن، وإنْ شاء طالب الضامن، فإذا عزم الضامِن ـ: رجع على البائع، إن كان ضمن بإذنه، وسواءٌ استحقَّ المبيع بأن خرج مغصوباً، أو باع الشِّقْص بعد ثبوت الشفعة فيه، فأخذه الشفيعُ بالعقد الأوَّل؛ فيكونُ مُسْتَحقًّا في البيع الثاني، فللمشتري الرجوع على الضامن بالعُهْدَةِ.

أما إذا أخذه الشفيعُ بالعَقْدِ الثاني ـ: فلا يرجع عليْه؛ لأن الشفيع لا يرفع عقده.

---

(١) الدَّرْكُ: التبعة، يسكن ويحرك، يقال: ما لحقك من درك فعليَّ خلاصه، وأصله من اللحوق، يقال أدركه: إذا لحقه بعدما مضى، لأنه يكون بعد مضيِّ البيع. ينظر: النظم المستعذب (١/ ٢٧٧).

ولو وجد المشتري بالمبيع عَيْباً، وردَّهُ، وفسَخَ العَقْدَ أو تقَايَلاَ المبيع، أو تَفاسَخَا بخيار شرط أو خيار مَجْلِسٍ ـ: فلا رجوع له على الضامن؛ كما لو أخذ الشفيعُ الشِّقْصَ بالشفعة ـ: لا يرْجِعُ بالثمن على الضامن؛ لأنَّ الضامن ضمن ما لم يملكه البائعُ، ودخل في ضمانه، وفي هذه المواضع: ملك البائع الثمن.

وإذا بَانَ أن البيعَ كان فاسِداً بِشَرْطٍ أو غيره، هل له مطالبة الضامن بالثمن؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: له ذلكَ؛ لأنَّه ظهر أن البائع لم يَمْلِك الثمن؛ كما لو خرج مستَحَقًّا.

والثاني: ليس له ذلك؛ لأنَّ التَّفْريطَ مِنْ جهته بالشَّرْط الفاسد؛ ولأنَّ حَبْسَ المبيع لاستردادِ الثمن ممكنٌ في فَسَادِ البيع، وفي استحقاقه غيْر ممكن.

ولو تَلِفَ المبيعُ قبل القبض بعد أَخْذِ الثمن: ينفسخُ العقد، وهل للمشتري مطالبةُ الضامن بالثمن؟

إن قلْنا: ينفسخُ العَقْدُ مِنْ حِينِهِ ـ: فلا؛ كما لو رَدَّ بالعَيْبِ.

وإن قلنا: من أصله ـ: فكالشرط الفاسد.

ولو خرج نصْفُ المبيع مُسْتَحقًّا، له [مطالبة][1] الضامنِ بنصف الثمن، وهل يصحُّ البيع في النصف الثاني؟ فعلى قولين:

إن قلنا: يصحُّ، ففسخ ـ: ليس له مطالبةُ الضامن بالنصْف الثاني.

وإن قلنا: لا يصحُّ في النِّصْف الثَّاني، فهلْ له مطالبةُ الضامِن بالنصف الثاني؟

اختلف أصحابُنَا فيه: منهم مَنْ قال: فيه وجهان؛ كما إذا بَانَ العَقْدُ فاسداً، ومنهم من قال: له مُطَالَبَةُ الضامِن بجميعِ الثمنِ وَجْهاً واحداً؛ لأن سَبَبَ بطلان العقد في النصف الثَّاني هو الاستحقاق؛ كما في النِّصْفِ الأول.

وإن قلنا بظاهر المذهب: إن ضمان الدَّركِ جائز؛ فيجوزُ ضمانُ جَوْدَةِ الثمن، ونقصان الوزن للبائع، لأنَّه لما جَازَ ضمانُ الأصْلِ، جاز ضمان الوَصْفِ، فإنْ خرج رَدِيئاً، طالَبَهُ البائع به، وكذلك: لو ضمن نُقْصانَ الوَزْنِ، جاز بأن خرج ناقصاً، رجع عليه بقدر النُّقْصانِ، فلو اختلف البائعُ والمشتري في النقصان، فقال البائعُ: خرج ناقصاً وأنكر المشتري ـ: فالقَوْلُ قولُ البائع مع يمينه.

---

(١) في ظ: يطالب.

ولو اختلف [الضامنُ والبائعُ][(١)] ففيه وجهان؛ كما في ضمان المالِ، على ما سنذكره.

ولو باع عَبْداً بثَوْبٍ، أو بدينارٍ مُعَيَّنٍ، فضمن رجلٌ العهدة، وقال: إنْ خرج العبد مستَحَقًّا ـ أضمن لك الثوب أو الدينار ـ: نُظِر: إن كان بعد تَلَفِ الثوب والدينار ضمن قيمته ـ جاز، وإن ضمن في حال قيامه، ففيه وجهان، بناءً على ضمان المغصوب للمالك.

ولا يَصِحُّ ضمانُ الدَّرَكِ في رأس مال السَّلَم، وهو أن يقول للمسلم: إذا خرج المُسَلَّمُ فيه مستَحَقًّا ـ: أضمن لك رأس مال السَّلم[(٢)]؛ لأنَّ الاستحقاق على ما في الذِّمَّةِ لا يُتَصَوَّرُ، وإذا خرج مُسْتَحقًّا ـ: رجع المسلم بمثله لا برأس مال السَّلَم؛ وذلك لا يصحُّ ضمانُ رأس مال السلم أن لو انقطع المسلم فيه؛ لأن المسلم إليهِ قد ملكه؛ كما لا يصحُّ ضمانُ الثمن[(٣)]؛ لو رُدَّ المبيع بالعَيْب، أمَّا إذا ضمن المُسَلَّمُ إليه المُسَلَّمَ فيه: لو خرج رأسُ المال مستَحَقًّا ـ: يجوز بعد تسليمِ المسلَّم فيه، وقَبْلَ تسليمه: لا يصحُّ على أصحِّ[(٤)] الوجْهَيْن.

ولو اْشترىٰ أرضاً، وغَرَس فيها، ثم اْستحقَّتْ ـ: فللمستَحِقِّ قَلْعُ الغِرَاسِ، وعلى البائع أرْشُ نقْصِ دَخْلِ الغراسِ بالقَلْعِ، فلو ضمن رجُلٌ ذلك الأرشَ بعد القَلْعِ، وكان معلوماً ـ: جاز، ولو ضمن قَبْلَ الاستحقاقِ ما يدخله من النقص أن لو قلعه مستَحِقٌّ ـ: لم يجز؛ لأنه مجهولٌ؛ ولأنه ضمانُ ما لم يَجِبْ؛ وكذلك: لا يصحُّ ضمانه بعد الاستحقاقِ قبل القَلْعِ؛ لأنه لم يجبْ، ولو ضمن عُهْدَةَ الأرضِ ونَقْصَ الغراس ـ: لم يصحَّ في نقص الغراسِ، وفي عُهْدَةِ الأرض قولان؛ بناءً على تفريق الصفقة.

ولو اْشترىٰ بشرط أن يعطى كفيلاً بالعُهْدَةِ، وبأرش نقصان الغراس ـ: لم يصحَّ البيع.

ولو ضَمِنَ عَيْناً له في يَدِ إنسانٍ، هَلْ يصحُّ أم لا؟ ـ نُظِرَ: إن لم تكنْ مضمونةً على مَنْ في يده؛ كالوديعةِ، ومال الشركة، والقراضِ في يد العامل، والمال في يد الوكيل، والوصيِّ ـ: لا يصحُّ ضَمانُهَا للمالك؛ لأنه إن ضمن الرَّدَّ، فلا رَدَّ على الأميـن، إنما يجب عليه التخلية.

وإن ضَمِنَ قيمتها لو تلفت، فلا يجبُ على الأميـن ضمانُ ما تلف في يده، فإنْ كان قد تَعَدَّىٰ فيها حتى صَارتْ مضمونةً عليه، فهو كَضَمانِ الأعْيَانِ المضمونة.

وإنْ كانَتِ العَيْنُ مضمونةً على من هي في يده؛ كالمَغْصُوبِ، والمُسْتَام، والمستعار ـ نُظِرَ: إن ضمن رَدَّهَا، خرَّجوه على قولين، بناءً على كَفَالَةِ البَدن، وكذا المبيعُ في يد البائع

---

(١) في ظ: ولو اختلف البائع والضامن.
(٢) في أ: المسلم.
(٣) في أ: الثوب.
(٤) في أ: أحد.

يضمنُ تسليمه إلى المشترِي، ففيه وجهان.

وإن ضمن قيمتها ـ نظر: إن ضمن بعد التلف، يجوزُ إن كانت معلومةً، وإنْ ضمنها قبل التلف أو تلفت ـ: يُبْنَى على أنَّ المكفول ببدنه إذا مات هَلْ يجبُ الدَّيْنُ على الكفيل؟ فيه وجهان:

إن قلنا: يجبُ ـ ههنا ـ يصحُّ ضمان النفقة لو تلفت.

وإنْ قُلْنا: لا يجبُ ـ فلا يصحُّ، وهو الأصَحُّ.

وإن ضمن رَدَّ العَيْنِ، وجوَّزنا، فإن أمكنه ردُّها، ردَّها، وبرىء من الضمان.

وإنْ تَعَذَّرَ ردُّهَا بالتَّلَفِ، فهل يَلْزَمُهُ قيمتها؟ فعَلَىٰ وجهين؛ كما في كفَالَةِ البَدَنِ، إذا تعذَّر تسليمه.

فإنْ قلْنا: يضمن القيمة ـ: ففي المبيعِ إذا ضمن وهلك قبل القَبْضِ ـ: ينفسخ البَيْع، فإنْ لم يكُنْ أخذ الثمن: لا شيء على الضَّامن، وإنْ كانَ قد أَخَذَ قيمتها ـ: يلْزَمُ الضَّمَان وَجْهَانِ:

أحدُهُما: عليه الثَّمَنُ.

والثَّاني: عليه الأَقَلُّ من الثَّمَن، أو قيمةِ العَيْنِ.

لو ضمن رَقَبَةَ العَبْدِ الجاني، وجنايته موجبة للمال ـ: فهو كضمانِ العَيْنِ.

ولو رهن شيئاً من رجلٍ ـ: فقبل التسليم ضمن رجل للمرتهن تسليم الرهن ـ: لم يصحَّ؛ لأنَّ تسليم الرَّهْنِ غيْرَ لازم على الراهنِ؛ فهو كضمان ما لا يَلْزَمُ.

فَصْلٌ [في بَيَانِ ضَمَانِ المَجْهُولِ]

ولاَ يَصِحُّ ضَمَانُ المجهولِ، سواءٌ كان الجِنْسُ مجهولاً أو القَدْرُ؛ لأنَّه إثْباتُ مَالٍ في الذِّمة بعقْد؛ فلا يصحُّ مع الجَهَالَةِ؛ كالبَيْعِ بثَمَنٍ مجهولٍ، وذلك أنْ يقولَ: ضمنتُ مَالَكَ على فُلَانٍ، أو: مَا دايَنتُ فلاناً، ولا يعرف قدره أو جنسه، وهَلْ يَصِحُّ ضمانُ إبِلِ الدِّيَةِ؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: لا يصحُّ؛ لأنها مجهولةُ اللون والصفةِ.

والثَّاني: يصحُّ؛ لأنها معلومةُ السِّنِّ والعدد، ويرجع في اللون والصفة إلى عُرْفِ البلدِ.

ولو علم أن دَيْنَهُ يزيدُ على خمسة، ولا يزيدُ على عَشَرَةٍ، فقال: ضمِنْتُ من خمسة

إلى عشرة ـ: ففيه وجهان:

أصحُّهما: لا يصحُّ، فإنْ كان الدَّيْنُ معلوماً، فقال: ضمنتُ من دِرْهمٍ إلى عشَرَةٍ ـ: يصح؛ على الأصحِّ، ويكونُ ضامناً بعشرة، ويدخل الطرفان فيه.

وقيلَ: يكونُ ضامناً بثمانية، ولا يدخل الطرفانِ فيه.

وقيل: بتسعةٍ، فيدخل فيه الطرف الأول، والثاني لا يدخلُ فيه.

فإنْ قال: ما بَيْنَ دِرْهمٍ وعَشَرةٍ ـ: فيكونُ ضامناً بثمانية.

ولا يصحُّ ضمَان ما لَمْ يَجِبْ؛ مِثْلُ: أن تقولَ: ضمنْتُ لك ما تُداينُ فلاناً؛ لأنَّ الضمان وثيقةٌ بحَقٍّ، فلا يسبقُ وجوب الحَقِّ كالشهادة.

وعنْد أبي حنيفة ـ رحمةُ اللَّهِ علَيْهِ ـ: يجوز ضمان ما لم يَجِبْ.

فــرْعٌ

ولو وزن المديون مَالَ الدَّيْنِ، فقال رَبُّ الدين: في ميزانك وَكْسٌ[1]، وقال المديون: بَلْ مستقيمٌ، فضمن رجلٌ نقصانه ـ: هل يصحُّ؟ فيه وجهان، بناءً على ضمان الدَّرَكِ.

أحدهما: لا يصحُّ؛ لأنه مجهول.

والثاني: يصحُّ؛ لأنَّ جملة المالِ معلومٌ: فإنْ قُلْنا: يصحُّ، فٱختلفا، فقال رَبُّ الدين: خَرَجَ ناقصاً، وقال الضامِنُ: بل أنت ضَيَّعْتَ شيئاً منه ـ: ففيه وجهان:

أحدُهُما: القولُ قَوْلُ رَبِّ الدَّيْنِ مع يمينه؛ كما لو كان هذا الاختلافُ من رَبِّ الدَّيْن والمديونِ ـ: كان القولُ قَوْلَ رَبِّ الدين.

والثاني ـ وهو الأصح ـ: القولُ قولُ الضامن مع يمينه؛ لأنَّ الأصْلَ بَراءَةُ ذمته، وفي المديون: الأصلُ اشتغالُ ذمته بالدين؛ وكذلك: لو قال ربُّ الدَّيْن: هذا رَدِيء، وقال المديون: بَلْ جَيِّدٌ، فضمن رَجُلٌ رداءة الأصل ـ: يجوز على هذا القول، وهو ضمانُ جميعِ المالِ، فإذا خرج رديئاً أو مَعِيباً وردَّهُ ـ: طالبَ أَيَّهُمَا شَاءَ.

ولو ضمن عَنْ ميت دَيْناً ـ: يصح، سواءٌ خَلَّف الميتُ وَفاءً أو لم يخلف.

والدليلُ عليه: ما رُوِيَ عن أبي قتادة؛ أن النبي ـ ﷺ ـ أُتِيَ بِرَجُلٍ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهِ، فَقَالَ: «صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ؛ فَإِنَّ عَلَيْهِ دَيْناً»، قَالَ أَبُو قَتَادَةَ: هُوَ عَلَيَّ، فقال رَسُولُ اللَّهِ ـ ﷺ ـ

---

(١) أي خسارة. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ١٠٥٤).

«بِالوَفَاءِ؟» قال: بِالْوَفَاءِ. فَصَلَّىٰ عَلَيْهِ[1].

وعند أبي حنيفة ـ رحْمَةُ اللَّهِ عليه ـ: لا يصحُّ الضمانُ عن الميِّت، إذا لم يخلف وَفاءً، والحديثُ حُجَّةٌ عليه.

وبالاتفاقِ: لو ضَمِنَ في حياته، ثم مات المضمونُ عنه مُعْسِراً ـ: لا يبطل الضمان.

ولو كان على رَجُلٍ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ، فضمنه رجُلٌ مؤجَّلاً ـ: جاز، ولا يلزمُهُ الأداءِ إلاَّ بعد حُلُولِ الأجَلِ، فلو عجل الضامن قَضَاءَهُ ـ: لَمْ يَكُنْ له أَنْ يرجعَ على المضمون عنه قبل المَحَلِّ؛ لأنه تبرُّعٌ بالتعجيلِ؛ كما لو أَدَّى الصِّحاح بدل المكسَّر: لا يرجع بالصحاح.

ولو مات المضمونُ عَنْهُ ـ: حَلَّ الدَّيْنُ عليه، ولا يحِلُّ على الضامن، فلو أراد رَبُّ الدَّيْن تأخير الحَقِّ إلى حلول الأجلِ ـ: فللضامن أن يُطالِبَهُ بأخذ حقِّه من التركة عاجلاً، أو يبرىء ذمته خوفاً مِنْ أن تَفُوتَ التركة، فإذا أخذ منه بَعْدَ حلول الأجل: لا يجدُ مَحَلاًّ يرجعُ فيه، ولو مات الضامنُ ـ حَلَّ عليه الدينُ، ولا يحلُّ على المضمون عنه، فإذا أَخَذَ رَبُّ الدَّيْن من تركة الضامنِ ـ لم يكن لوارثِهِ أنْ يرجع على المضمونِ عنه قبل المَحَلِّ.

ولو كان على رجُلٍ دَيْنٌ حالٌّ، فضمنه رجلٌ مؤجَّلاً ـ: هل يصح؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يصحُّ؛ لأنه لم يضمن كما عليه.

والثاني ـ وهو الأصح ـ يصحُّ الضمانُ، ويكون مؤجَّلاً على الضامن؛ كما لو مات المضمونُ: حَلَّ الأجلُ عليه، ولا يحلُّ على الضامن.

ولو كان الدَّيْن مؤجلاً، فضمنه رجُلٌ حالاً ـ: فعلى وجهين:

الأصحُّ جوازه؛ لأنَّ الضامن تبرَّع، وقد ضمن تَبَرُّعاً آخر، وهو التعجيل، ثم هل يلزمه الوفاءُ بالتعجيل؟ فيه وجهان:

أحدهما: يلزمه كما ضَمِنَ.

والثاني: لا يلزَمُ، بل إن شاء عَجَّلَ، وإن شاء لم يعجِّل؛ لأنَّ التعجيل وعد بالتبرُّع؛ فلا يلزم.

ولو ضمن دَيْناً مؤجَّلاً مطلقاً ـ يكون مؤجلاً؛ كما لو قيَّد التأجيل، ولو اختلفا، فقال المضمون له ـ: ضمنتَهُ حالاً، وقال الضامن: بل مؤجلاً ـ: فالقولُ قولُ الضامِنِ مع يمينه.

---

(١) تقدم تخريجه.

ولو علَّقَ الضمانَ بوقْتٍ أو بشرطٍ، فقال: إذا جَاءَ رأسُ الشهرِ، أو: إذا قَدِمَ فلانٌ فقد ضمنْتُ دَينك ـ: لم يصحَّ؛ لأنه عقد لا يقبلُ التعليق بخلاف ما لو قال: ضمنْتُ الآنَ، فإذا جاء رأسُ الشهر أُوَدِّي ـ: جاز؛ لأنَّه لم يعلِّق العقد إنما علَّق الأداءَ؛ كما لو باع بثمنٍ مؤجَّلٍ ـ: جاز.

ولا يصحُّ تعليقه بالشروط، ولو شرط الضامنُ فيه الخيارَ لنفسه ـ: لا يصحُّ؛ لأنَّه لا يحصل به مقصودُ الضمان، وإنْ كان الشرطُ للمضمون له ـ يصحُّ؛ لأنه إبراء بالخيارِ، فشرط الخيار له موافقٌ لقضيَّة العقد، ولو ضمن دَيْناً بشَرْط براءة الأصلِ ـ: ذكر ابن سريج فيه وَجْهَيْنِ ـ:

أحدهما: لا يصحُّ؛ لأنه شرط بخلافِ مقتضى الضمان.

والثاني: يصحُّ؛ لأنه ضَمَّ تبرُّعاً إلى تبرُّع، فعلىٰ هذا: هَلْ يلغي الشَّرْط؟ فيه وجهان:

فإنْ قلنا: الشرطُ صحيحٌ ـ فقد برئَتْ ذمَّة المضمون عنه عَنْ حقِّ المضمون له، ويجوزُ للضامن: أن يرجعَ على المضمونِ عنه في الحال، إن كان ضمن بإذْنِهِ لحصولِ براءة ذمَّته عن حَقِّ المضمون له؛ كما يرجع عليه بعد الأداء.

«فَصْلٌ في بَيَانِ ضَمَانِ الأصلِ»

إذا ضمن رجلٌ دَيْنَ إنسانٍ، ثم ضَمِنَ عن الضامن ضامنٌ آخر ـ: جازَ، فإذا أدَّى الضَّامِن الثَّاني ـ: يرجع على الضامن الأوَّل، إن كان ضَمِنَ بإذنه، ثُمَّ الضامن الأوَّل يرجعُ على الأصلِ بعدما غرم، إن ضمن بإذنه: فلو أراد الضامن الثاني أن يرجع إلى الأصيلِ ـ نُظِر: إن ضمن الأوَّل بغَيْر إذنِ الأصيل ـ: لم يكن له ذلك؛ لأنَّ[1] الأوَّل لو أدَّاهُ ـ: لم يكنْ له أن يَرْجِعَ على الأصيلِ، وإن ضمن الأوَّل بإذن الأصيل ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: له أن يرْجِعَ على الأصيل؛ لأن مرجع الأوَّل إلى الأصيل.

والثَّاني ـ وهو الأصح ـ: ليس له ذلك؛ لأنه لم يضمَنْ عن الأصيل، إنما ضَمِنَ عن الأول، والأوَّلُ ربَّما لا ريد الرجوعَ على الأصيل.

أمّا إذا كان الأصيلُ قال للضامِنِ الثاني: أضمن عَمَّنْ ضمن مِنِّي، [فضمن][2] وغرم ـ: هلْ له الرجوعُ على الأصيل؟ فيه وجهان؛ كما لو قال: اَقْضِ دَيْني، فقضىٰ: فلو أدَّى الأصيلُ الدَّيْنَ، أو أحَالَ رَبُّ الدين على إنسانٍ، أو أحالَ رَبُّ الدَّيْن غريماً له عليه، أو أبرأ الأصيل ـ: برىء الضامنان جميعاً، ولو أبرأ الضامِن: يبرأ مَنْ بَعْدَهُ مِنَ الضامنين، ولا

(١) في ظ: الصحيح.

(٢) سقط في ظ.

يبرأ الأصيلُ؛ لأنَّ إبراء الضامن إسقاطُ الوثيقة؛ فلا يوجبُ سقوط الدَّيْن؛ كردِّ الرهن.

ولو أبرأ الضامن الثاني ـ: ضمن عن الأصيل أيضاً بإذنه، فأديّ الضامنين أدَّىٰ رجع على الأصيل، ولا رجوعَ لأحدهما على الثاني، ولو ضمن الثاني عن الأصيل، وعن الضامن الأوَّل جميعاً، فإذَا أدَّى، رجَعَ على أيهما شاءَ، وإن شاء: رَجَعَ ببعضه على الأصيل، وببعضه على الضامنِ الأوَّل ثم الضَّامِنُ الأوَّلُ رجع على الأصيل[1] بما غرم إنْ ضمن بإذنه.

ولو كان لرجُلٍ على آخر مائةَ دينارٍ، فضمنه رجلانِ: كلٌّ واحد خمسين بإذنه، ثم ضمن كلُّ واحد من الضامنَيْن عن صاحبه ـ: جاز، ويكونُ كلُّ واحد من الضامنين مطالباً بمائةٍ: بخمسين عن الأصيل، وبخمسين عن الضامن، فلو أدَّى أحدهما خمسين ـ نُظر: إن أدَّىٰ عن الأصيل ـ: رجع عليه، وإن أدَّى عن صاحبه ـ: رجع عليه، وإن أدَّى عنها ـ: رجع كل واحد منهما بنصفه، ولو أدَّى أحدهما المائة ـ: رجع بالنصف على صاحبه، وبالنصف على الأصيل، فلو أراد أن يَرْجِعَ بالكل على الأصيل: إن كان صاحبه ضَمِنَ بإذن الأصيل ـ: هل له ذلك؟ فيه وجهان.

قال الشيخ[2]: ولو صَارَ الدَّيْنُ مِيراثاً للمضمون عنه ـ: سقط ويبرىء الضامن، ولو صار مِيراثاً للضامِنِ ـ: سقط عنه، ورجع هو على المضمونِ عنه؛ كما لو أدَّاهُ.

فَصْلٌ [في بَيَانِ البَيْعِ بِشَرْطِ كَفَالَةِ الدَّيْنِ]

إذا باع عَبْداً بألْفٍ على أن يتكفَّل المشتري دَيْناً له على آخر ـ: لا يصحُّ البيع؛ كما لو باع بشَرْطٍ أن يعطيه كفيلاً بدَيْنٍ آخَرَ للبائع عليه؛ وكذلِكَ: لو باع لرجلَيْن عبداً بألْفٍ على أن يَضْمَنَ كلُّ واحد مهما عن صاحبه ـ: لا يصحُّ؛ لأنَّه جعل منفعة الضمان مع المسمى ثمناً.

قال الشيخُ: هذا إذا شرط على كل واحد أن يتكفَّل عن الآخر، أما إذا قال: بعت منكما على أن يعطي كلُّ واحد منكما صاحبَهُ كفيلاً ـ: جاز؛ لأنه شرط وثيقةَ الدَّيْن؛ كما لو شرط عليه رَهْناً، أما إذا لم يَشْرِطْ؛ بل باع عَبْداً من رجُلَيْن بمائةٍ أو أقرض منهما مائةً، ثم ضمن كلُّ واحد منهما عَنْ صاحبه ما عليه ـ: جازَ، ولِرَبِّ الدَّيْن مطالبةُ كُلِّ واحدٍ بالجميع، فإن أبرأ أحدهما عن المائةِ ـ: يبرأ عماله عليه، وعن الضمان، ويبرأ صاحبه عن الضمان، ولا يَبْرأ عن أصْلِ ما عليه.

ولو أبرأ أحدهما عن خمسين ـ: نُظِرَ: إن أبرأ عَنْ أصْلِ المالِ ـ: يبرأ هو عن أهل المال، وصاحبه عن الضمان، وله أن يطالبه بضمان مَا على صاحبه.

---

(١) في أ: على الأصيل وعن الضامن وببعضه عن الضامن.

(٢) في ظ: قلت.

ولو أبرأهُ عن الضمانِ ـ: بريء هو عن الضمان، وبَقِيَ عليه أصل المالِ، وهو خَمسُونَ، وله مطالبةُ صاحبِهِ بالمائةِ عَنْ أصل ما عليه، وعن الضمانِ، وإنْ أبرأه عن خمسين عَنِ الأصْلِ والضمانِ جميعاً ـ: سَقَطَ عنه نصْفُ الضمان، ونصْفُ أصْلِ المال، وعن صاحبِهِ نصْفُ الضمانِ، فله أن يطالب هذا بخمسين، وصاحبه بخمسين وسبعين.

ولو[1] أبرأه عن خمسين مطلقاً ـ: فالحكم لنيته، وإن لم يكُنْ له نِيَّةٌ ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: يقع مناصفة.

والثاني: للمشتري الخيارُ: إن شاء صرف إلى الضمان، وإن شاء صرف إلى أصل المالِ، وإن شاء إليهما.

ولو اختلفا؛ فقال المشتري: أبرأْتُك عن الضمان، وقال: [لا][2] بل عن الأصْلِ ـ: فالقول قول المشتري مع يمنيه.

أمَّا إذا أعطى المال مَنْ عليه الحقُّ ـ نُظِر: إن دفع كل واحد خمسين ـ برئا جميعاً، ولا رُجُوعَ لأحدهما على الآخر؛ لأنَّهما إن دفعاه عن الأصيل ـ: فلا شيء لأحدهما على الآخرِ، وإن دفعاه عن الضمان ـ ثبت لِكُلِّ واحد منهما علىٰ صاحبه مَا ثبت له عليه، فتقاصَّا، وإنْ دفع أحدهما خمسين: فإن دفع عن الأصل بريء صاحبه عن الضمان، والأصلُ على صاحبه باقٍ، وهو به ضامِنٌ، وإن دفع عنهما وقع مناصفةً، وإن دفع مطلقاً فوجهان:

أحدهما: وقع مناصفة.

والثاني: له صَرْفُهُ إلى أيِّهما شاء.

فلو اختلفا؛ فقال الدافع: دفَعْتُ عن الأصل، وقال القابض: بَلْ عن الضمانِ ـ: فالقولُ قولُ الدافع مَعَ يمينه؛ لأنَّه أعرف بماله، فإذا حلف؛ أنه أدَّاه عن الأصْلِ ـ: فلرَبِّ الدَّيْن أن يطالبه بخَمْسِين، وإن أقَرَّ أنه أدَّى ما أدَّى عن الضمانِ؛ لأنه إنْ صدَقَ: فالأصْلُ عليه باقٍ؛ وإلاَّ فالضمانُ عليه باقٍ.

ولو ادَّعى على رجلٍ، فقال: بعْتُ منك ومِنْ فلانٍ الغائبِ عبداً بألْفٍ، وضمن كلُّ واحد منكما عن صاحبه ـ نُظِر: إن أقَرَّ الحاضِرُ وأدَّى الألْفَ، فإذا رجع [الغائبُ، وأقَرَّ ـ: رَجَعَ الحاضر، وأدَّى الألْفَ، فإذا رجع الغائب، وأقَرَّ][3] ـ: رَجَعَ الحاضِر وأدَّى الألْفَ،

---

(١) في ظ: وإن.

(٢) سقط في ظ.

(٣) سقط في ظ.

فإذا رجع الغائب، وأقرَّ ـ: رَجَعَ الحاضر عليه بخمسمائة، وإن أنكر ـ: فالقول قوله مع يمينه؛ فإذا حلف، لا يرجع الحاضر عليه بشيءٍ، وإنْ أنكر الحاضر، فالقول قوله مع يمينه، وإن أقام المدعي بينه ـ: تسمع، ويحلف معها لأجْلِ الغائب؛ لأنَّه لو كان حاضراً ـ: ربَّما ادَّعى الإبراءَ والأداءَ، أما[1] إذا حلف مع البَيِّنَةِ ـ أخذ مِنَ الحاضر جميعَ الألْفِ، فإذا حضر الغائب ـ: رجع الحاضر عليه بخمسمائة.

فإنْ قيل: كيف يرجعُ، وهو منكر للضمان؟ يقولُ: أخذ المدعى منِّي الألْفَ ظلماً قبل، من أصحابنا من قال: إنَّما يرجع إذا لم يكُنْ صَرَّحَ بالإنكار، بل سكت عن الجوابِ، فأقام المدعي بينةً، أو كان الإنكارُ من وكيله.

أمَّا إذا صرَّح بالإنكار ـ: فلا يرجع، ومنهم من قال: وإنْ أنكر صريحاً ـ له الرجوعُ على الغائب؛ لأنَّ إنكاره ردَّ عليه بالبينة، كمن اشترى داراً، فادَّعَاهَا رجُلٌ؛ بأنها ملكي غَصَبَهَا مني بائعُكَ، فقال: لا، بَلْ كانتْ ملكاً لبائعي، فأقام المدعي بيِّنةً، فأخذها ـ: كان له الرجوعُ على البائع بالثمن، وإنْ أقرَّ له بالملك؛ لأنَّ إقراره رَدّ عليه بالبيِّنة.

فَصْلٌ في ادِّعَاءِ أداءِ المَضْمونِ

إذا ادَّعى الضَّامِنُ أداءَ حَقِّ المضمون له ـ: فالقولُ قولُ المضمونِ له مع يمينه، وإنْ أقام الضامنُ بيِّنةً يثبت الأداءُ، ورجَعَ به على المضمونِ عَنْهُ، وإن لم تقم بينة، وحلف المضمونُ له ـ: فهو بالخيار: إن شاء طالب الضامِنَ، وإن شاءَ طالب المضمون عنه، فإذا أخذ من الضامن ـ: فالضامن لا يرجعُ على المضمونِ عنه؛ إلاَّ بألفٍ واحدةٍ، وهي الأُولى؛ سواء دفع الأولى بحَضْرَةِ المضمونِ عَنْهُ أو بغيبته؛ لأنَّه مظلومٌ بأخذ إحدى الألْفَيْنِ مِنْهُ؛ بلا رجوع لَهُ بِهَا عَلَىٰ غَيْر من ظلمه، وإنْ أخذه المضمونُ عنه، فَهَلْ للضامِنِ أنْ يرجع على المضمون عَنْهُ بالألْفِ التي أدَّاهَا، وأنكرها المضْمُونُ له؟ نُظِرَ: إن كذَّبه المضمونُ عنه ـ: فلا يرجعُ عليه، وإن صدَّقَهُ على الأداءِ ـ نُظِر: إنْ كان قد دَفَعَ بحضرة المضمونِ عنه ـ: رجع عليه؛ على ظاهر المذهب؛ لأنَّ التوثيق بالإشهاد كان على المضمون عَنْهُ؛ فالتفريط جاءَ مِنْ جهته، وإن دفع بغيبته ـ نُظِرَ: إن لم يشهدْ عليه، فلا رجوعَ؛ لأنه فرَّطَ بتْركِ الإشهادِ، وكان عليه أن يؤدِّي، إذا انتفع المضمونُ عنه، حتَّى لو كان الضامنُ بعدما أدَّى: رجع على المضمون عنه بما أنكر المضمون له الأخذ، وأخذ من المضمون عنه مرة أخرى، فللمضمون عنه أن يرجع على الضامن، وإن كان الضامِنُ قد أَشْهَدَ على الأداءِ غَيْرَ أنَّ الشهود قد مَاتُوا، أو غابُوا: فـإن صدقه المضمونُ عنه على الإشهاد ـ: رجع عليه الضامِنُ، وإن لم يصدِّقه ـ:

---

(١) في ظ: فإذا.

فالقول قولُهُ مع يمينه؛ لأن الأصْلَ عدمُ الإشهادِ، وإن كان قد أشهد مَسْتُورَيْنِ فبانا فاسقين ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: لا يرجعُ؛ لأنَّه لا يحكمُ بشهادتهما؛ كما لو أشهد معلني الفسق أو عَبْدَيْنِ.

والثاني: يرجعُ؛ لأنَّه لا اطِّلَاعَ له على الباطِنِ؛ فكان معذوراً؛ كما لو أشهد عَدْلَيْنِ فماتا، وإنْ كان قَدْ أَشْهَدَ شاهِداً واحداً، وكان غائباً أو مَيتاً ـ: فوجهان:

أحدُهُمَا: لا يرجعُ؛ لأنه حجَّةٌ غير كاملة.

والثَّاني: يرجعُ؛ لأنَّ يمينه معه مقبُولةٌ؛ فهو مع يمينه حُجَّةٌ كاملةٌ.

ولو صدَّقَهُ المضمُونُ على الأداءِ، وأنكر المضمونُ عنه ـ: فيه وجهان:

أحدُهُما: القَوْلُ قَوْلُ الضامِنِ، ويرجع على المضمون عنه؛ لأنَّ براءة ذمَّته حصلت عَنْ حَقِّ المضمون له بتصديقه؛ كما لو قامت عليه بيّنة.

والثاني: القولُ قولُ المضمون عنه مع يمينه؛ لاحتمال أن المضمون لَهُ أبرأ الضامِنَ؛ فلا رجوع للضامن على المضمونِ عنه إلاَّ بحجَّةٍ تَقُومُ على الأداء.

فَصْلٌ فيمَنْ يَصِحُّ ضمانُهُ وَمَنْ لا يَصحُّ

يصحُّ ضمانُ المكلَّف المطلَقِ، رجلاً كان أو امرأةً، ذاتَ زوجٍ كانت المرأةُ أو لم تَكُنْ.

ولا يصحُّ ضمانُ الصبيِّ والمجنونِ والمُبَرْسم الَّذي يَهْذِي، ولا المحجور عليه بالسفه؛ كما لا يصحُّ منهم سائر العقود؛ فإن ضمن دَيْناً، ثم ادَّعى أنِّي كنت صَبِيًّا يَوْمَ الضمانِ ـ: قُبِلَ قوله مع يمينه؛ لأنَّ الإنسان لا يخلُو عن الصغر ـ: فالأصل بقاؤه، وإن قال: كنتُ مجنوناً: فإن عرف به جنونٌ سابقٌ ـ قُبِلَ قوله مع يمينه، وإن لم يُعْرَفْ به جنونٌ سابقٌ ـ: لا يقبل قوله، والقولُ قولُ المضمون له مع يمينه، فإنْ قامَتْ بيِّنَةٌ علىٰ أنه كان به جنونٌ سابقٌ ـ: قُبِلَ قوله مع يمينه.

ويصحُّ ضمانُ الأخرسِ بالإشارة أو الكتابة إن كان يعقلُ الإشارةَ والكتابةَ، وإن كان لا يعقلُ الإشَارَةَ والكتابة ـ: فهو كالمَجْنُونِ.

ويَصِحُّ ضمانُ المَحجُورِ عَلَيْهِ بالْفَلَسِ؛ لأنَّه إثْبَاتُ مال في الذِّمَّةِ؛ كما لو اشْتَرَى في الذِّمَةِ شيئاً: يصحُّ.

أما العَبْدُ: إذا ضمن دَيْناً لإنسان ـ نُظِرَ: إن ضمن بغَيْر إذن المولَىٰ: لا يصحُّ ضمانه؛

سواءٌ كان مأذوناً له في التجارة أو لم يكن، هذا هو المذهبُ؛ كما لا يصحُّ بيعه.

وقال أبو إسْحاقَ: يصحُّ ضمانه، ويتعلَّق بذمته؛ يُتْبَعُ به إذا عَتَقَ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ على المولَى؛ كما لو أقَرَّ بإتلاف مالٍ؛ فكذبه المولَى ـ: يتعلَّق بذمته، أمَّا إذا ضمن بإذْنِ المولى يصحُّ ضمانه، ثُمَّ مِنْ أيْنَ يقضي ـ نُظِر: إن قال المولى: اْقضه من كَسْبِكَ ـ: قضاه مِنْ كسبه، وإن قال: ـ اْقْضِهِ ممَّا في يدك مِنْ مال التجارة ـ: قضاه مِنْهُ، وإن قال: أدِّ عن هذا المالِ، وعيَّن مالاً ـ: صَحَّ، ويؤدِّي عَمَّا عَيَّنَ بخلاف الحُرِّ، لو قال: ضمنْتُ علىٰ أن أُؤَدِّي مِنْ هذا المالِ ـ: لا يصحّ؛ لأن للحُرِّ جهات كثيرةٌ لأداءِ المالِ، فإذا عيَّن جهة ـ: فكأنه حَجَرَ على نفسه، فلم يجُزْ بخلافِ العبدِ، وإن أطلق الإذْنَ ـ نُظِر: إن لم يكُنْ مأذوناً له في التجارة ـ يتعلَّق بكسبه الذي يكتسبه بَعْدَ الضمان؛ كما لو أذِنَ له في النكاح: يتعلَّق المهر بأكسابه، وإن كان مأذوناً له في التجارة ـ ففيه وجهان:

أحدهما: يتعلَّق بما يكتسب من بعد.

والثاني: يتعلَّق بما في يده من الربح ورأس المال جميعاً، وبما يكتسبه مِنْ بعد.

فإنْ قلْنَا: يقضي مما في يده: فإن كان على المأذونِ دَيْن ـ فهل يشاركُ المضمونُ له الغرماءَ فيما في يدِهِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يشاركُهُمْ؛ لأنَّه دَيْن لزم بإذن المولَى، كسائر الديون.

والثاني: لا يشاركُهُمْ؛ لأنَّ المال قد تعلَّق به حقُّ الغرماء؛ فلا يشاركهم غَيْرُهم فيه؛ كالرهن لا يشاركُ المرتهن فيه غيره، ثم إذا أدَّى العبد الضمانَ في حالِ رقِّه ـ: رجَع السيِّد على المضمون عنه إن كان الضمانُ بإذنه، وإنْ أدَّىٰ بعد العِتْقِ ـ: ففيه وجهان:

أصحُّهما: يرجع العبدُ عليه؛ لأنَّه أدَّى من ملكه.

والثَّاني: يرجع عليه السيِّد، ويصير كأنه اْستثنىٰ ذلك من كسبه.

والأوَّل المذهب.

ولو ضمن العبْدُ لسيِّده عن أجنبيٍّ دَيْناً ـ: لا يصحُّ؛ لأنه يؤدِّيه من كسبه، وكسبُهُ مملوكٌ للسيِّد، وإنْ ضمن عن سيِّده لأجنبي ـ نُظِرَ: إن ضمن بغَيْر إذن المولَى ـ لا يصحُّ، وإن ضمن بإذنه ـ صحَّ، وأدى من كسبه، ثم إذا أدَّى في حال رقِّه ـ: لا شيء له على السيِّد، وإن أدَّىٰ بعد العتق ـ هَلْ يرجعُ على السيِّد؟ فيه وجهان؛ بناءً على ما لو أجَرَ عبده، ثم أعتقه، هل يرجعُ العبد على السيِّد بأجرِ مِثْلِ المدَّة الباقية بعد العتْقِ؟ وفيه وجهان.

أمَّا مَنْ نصفُهُ حُرٌّ، ونصفُهُ رقيقٌ ـ نُظِر: إن لم يكنْ بينه وبَيْنَ السَّيد مهايأة ـ: لا يصحُّ

ضمانه إلاَّ بإذنِ السيِّد؛ كالعبد القِنِّ، وإنْ كان بينهما مهايأة، فإنْ ضَمِنَ في يوم نفسه ـ صحَّ ضمانُهُ بغَيْر إذن السَّيِّد، وإنْ ضمن في يوم السَّيِّد ـ: لا يصح إلاَّ بإذنه، وضمان المكاتب ـ لا يصحُّ بغير إذن المولَى، وهلْ يصحُّ بإذنه ـ فعلَىٰ قولَيْنِ؛ كسائر التبرُّعات.

ولو ضَمِنَ رجلٌ عَنْ عَبْدٍ دَيْناً تعلَّق بذمته ـ: صحّ؛ كما لو ضَمِنَ عن حُرٍّ مُعْسِرٍ، ثم إنْ ضمن وأدَّى بإذنه ـ: رجع عليه بعد العتق، وإنْ كان أحدهما بغير إذنه ـ: فعلى وجهين:

الأصحُّ: أن الاعتبار بالضمان، ولو ضمن عنه سيِّده يصح أيضاً، ويطالب به السَّيِّد، ثم إنْ أدَّى في حال رِقِّه ـ: لا رجوعَ له على العبد، سواءٌ كان الضمانُ والأداءُ بإذنه أو بِغَيْرِ إذنه؛ لأن السيِّد لا يثبت له على عبده دَيْن، وإنْ أدى بعد العتق ـ نظر؛ إن أدى بغير إذنه لا يرجع عليه، وإن أدَّى بإذنه ـ: [فهو كمَنْ ضمن عن حُرٍّ دَيْناً بغير إذْنِهِ، وأدَّىٰ بإذنه][1]؛ لأنَّ ضمان السَّيِّد عن العبد وإن كان بالإذْنِ ـ: فهو كالضمان عن الحُرِّ بغير الإذْنِ؛ لأنَّه لو أدَّى عَقِيبَ الضمان ـ: لا يمكنه الرجوعُ عليه، ولو ضمن أجنبيٌّ عن المكاتب دَيْناً ـ نُظِرَ: إن ضمنه لأجنبيٍّ ـ صحَّ، فإذا أدَّىٰ رجع على المكاتب، إن ضمن بإذنه، وأخذ ممَّا في يده، وإنْ ضمن لسيِّده ـ نُظِر: إن ضمن نجومَ الكتابة ـ: لم يصحّ؛ لأنه غَيْرُ مستقرٍّ، وإن ضمن دَيْناً آخَرَ ـ هلْ يصحُّ أم لا؟ هذا يُبْنَىٰ على أنه هل يسقطُ بالعَجْز؟ وفيه وجهان، إن قلنا: لا يسقط ـ يصحُّ، وإن قلنا: يسقط ـ فلا يصح؛ كنجوم الكتابة.

فَصْلٌ في كَفَالَةِ الوَجْهِ

وهي أنْ يتكفَّل ببدن مَنْ عليه حقٌّ ـ: هل يصحُّ أم لا؟ ـ نُظِرَ:

إن كان ذلك الحقُّ مالاً ـ أجازه الشافعيُّ المُطَّلبيُّ ـ رضي الله عنه ـ في بعض الكتب، وقال في «كتاب الدعوىٰ»: الكفالة بالبدنِ ضعيفةٌ:

فَمِنْ أصحابنا مَنْ جعل المسألة على قولين:

أحدهما: لا يصحُّ؛ لأنه ضمانُ عَيْن في الذِّمة؛ كما لو أسلم في عَيْنٍ: لا يصح.

والثاني: يصحُّ، لأن فيها رفقاً، وإليها حاجةٌ في الوصول إلى الحَقِّ؛ كضمانِ المالِ، ومنهم من قال: يصحُّ قولاً واحداً، وهو قول أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ وحيثُ قال: «هي ضعيفةٌ» أراد به: مِنْ طريق القياس، أما من جهة الآثار وعَمَلِ أهل العلْمِ بها ـ: فهي قوية.

أمَّا الكفالةُ ببدنِ مَنْ عليه عقوبةٌ، هلْ يجوزُ أم لا؟ ـ نُظر:

إن كانت العقوبةُ في حدود الله تعالى ـ لا يجوز؛ لأنَّ الكفالة للاستيثاق، وحدودُ الله

(١) سقط في ظ.

تعالى مبناةٌ على الدَّرْءِ والسقوطِ، وإنْ كانَتْ مِنْ حقوق العباد كالقصاص، وحَدِّ القذف ـ: ففيه قولان:

أحدهما: يجوزُ؛ لأنَّ مبنَىٰ حقوق العباد على اللزوم؛ كضمان المال.

والثاني: لا يجوزُ؛ لأن العقوبات مبناها على الدَّرْءِ والسقوط كحدودِ الله تعالىٰ، وليس كالمال؛ لأنَّ ضمانَ المال جائزٌ، فجاز التكفُّل ببدن مَنْ عليه المالُ، وضمان نفس العقوبة لا يجوزُ، فلا يجوز التكفُّل ببدن مَنْ عليه العقوبةُ، وكذلك: كلُّ دَيْن لا يجوزُ ضمانه؛ كنجوم الكتابة: لا تجوزُ الكفالةُ ببدن من عليه ذلك الدَّيْن، فإنْ جوَّزنا كفالة البدن ـ: فيجوز قبل ثبوت الحق وبعده، وتجوز الكفالة ببدن المريض، والغائب والمحبوس، وإذا تكفَّل ببدن إنسانٍ، فمتى طالبه المكفُولُ له بإحضاره ـ: يجبُ عليه إحضارُهُ، فإنْ لم يفعلْ يحبَسُ حتَّى يحضره، وعليه مؤنةُ الحَبْسِ، ويجبُ على المكفولِ ببدنه: أن يَحْضُرَ معه إذا دعاه، ومؤنة الإحضار على الكفيلِ، فإنْ كان المكفولُ ببدنه غائباً ـ يكلَّف إحضاره، إذا لم تكن الغيبةُ منقطعةً، بأنْ كان يعرف موضعه، ويمهل الكفيل قَدْرَ ذَهَابه ومجيئِهِ، فلو لم يحضره حُبِسَ حتى يحضره.

وقيل: إذا كان غائباً إلى مسافةِ القَصْر ـ: لا يكلَّف إحضاره.

وإذا حضره قَبْلَ طلبِ المكفولِ له، وسلَّمه إليه ـ: خرج عن الكَفالَة، إذا لم يكُنْ هناك حائلٌ، فإنْ كان هناك حائلٌ من سلطانٍ أو غيره ـ: يمنعه؛ فلا يحصل التسليم، وإن كان في حَبْسِ الحاكمِ ـ: صَحَّ التسليمُ؛ لأنَّ حَبْسَ الحاكمِ ليس بحائِلٍ؛ فإن إحضاره ومطالبته بما عليه ممكنٌ.

ويجوزُ في الكفالة أنْ يعيِّن مكانَ التسليم، فإذا لم يعيِّن يجبُ التسليمُ في مكانِ الكفالة، فإذا عيَّنَ مكانَ التسليم، فأتى به في غير ذلك المكان، فقبل ـ: جازَ، فإن امتنع ـ نُظِرَ: إن كان له في ردّه غرض بأن شرط تسليمه في مجلس الحكمِ، أو في داره، فأتى به في غيره، أو في بلد، فأتى به في بلد آخَرَ ـ: لا يلزمُهُ القبول؛ لأنَّ عليه مؤنَةَ إحضارِهِ بلده، ومجلسَ الحكم، وإن لم يكُنْ عليه ضرر في قبوله ولا في ردِّه غرض ـ: يلزمه قبوله، فإنْ لم يقبلْ رفعه إلى الحاكم ليتسلَّم عنه كما في دين السلم. وإن لم يكن حاكم ـ أشهد شاهدَيْن، أنه قد سلَّمه إليه ويبرأ، وإنْ كان المكفولُ ببدنه يجالسُ المكفولَ له ـ: لا يبرأ الكفيلُ؛ فإن قال: سلَّمْتُ نفسي إليكَ مِنْ جهة الكفيل ـ يبرأ الكفيل؛ كما يَبْرأُ الضامِنُ إذا أدّى المضمونُ عنه المالَ؛ وفرّع علَيْه شيخي[1] ـ رحمه الله ـ قال: لو ظفر المكفُولُ له به في مجلس الحكمِ، وادّعى عليه في تلك

---

(١) في ظ: وفرّع القاضي الإمام.

الخصومةِ ـ لا يَبْرأُ الكفيل؛ لأنه لم يسلِّمْهُ إليه ولا أحد من جهته، فلو مات المكفولُ ببدنه ـ نُظر: إن كان قبل ثبوت الحقِّ ـ: فلا شيء على الكفيل، فلو قال المكفولُ له: لي بينةٌ يشهدون علىٰ يمينه ـ: عليه إحضارُهُ ميتاً، إن كان قبل الدَّفْنِ، وإن كان بعد الدَّفْن ـ فلا نَبْشَ، وإن كان بعد ثبوت الحقِّ، فهل يطالب الكفيلَ بالمال؟ فيه وجهان:

أظهرهما ـ وبه قال أبو حنيفة، ـ رحمة الله عليه ـ: لا يطالبُ به؛ لأنه لم يضمن المال.

والثاني: يطالب، وبه قال مالكٌ ـ رحمة الله علَيْه ـ لأنَّه المقصودُ من الكفالة، فعلىٰ هذا: ماذا يلزمُهُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجبُ عليه تمامُ الدَّيْن.

والثاني: عليه أقلُّ من دية نفسِهِ أو الدَّيْنِ؛ بناءً على أنَّ السيد إذا اختار فداءَ العبدِ الجانِي، بماذا يفدي بقيمته أوْ بأقلِّ الأمريْنِ؟ فيه قولان.

وإن غاب المكفولُ ببدنه؛ حيث لا يعلم مكانه أو أخفىٰ نفسه ـ: لا يكلَّف الكفيلُ إحْضارُه؛ لأنه غَيْرُ قادرٍ عليه، وهلْ يجِبُ على الكفيلِ المالُ ـ: يرتَّب على المَوْتِ، إنْ قُلْنا هناكَ: لا يجبُ فههنا ـ: أولَىٰ؛ وإلاَّ فوجهان.

والفرقُ: أن هناك وقَعَ اليأسُ عن وجوده؛ فلزمه المال، وههنا: لم يقع.

ولا تصحُّ كفالةُ البدنِ؛ إلا برضى المكفولِ ببدنه؛ لأنَّه لا يمكنه إحضارُهُ، إذا تكفَّلَ بغير إذنه، ولا تلزمه الخصومةُ بقوله بخلافِ ضمانِ المالِ ـ: لا يشترطُ فيه رضا المضمونِ عنه؛ لأنَّ أداءَ الدَّيْن ممكنٌ من غير حضوره.

وقيل: إذا كان بعد ثبوتِ الحقِّ، وقلنا: إذا تعذَّر الوصولُ إلى المكفولِ ببدنه ـ: يجبُ المالُ على الكفيلِ، وتصحُّ الكفالةُ بغير إذنِ المكفولِ ببدنه، ثُمَّ إذا طالبه بالحضورِ، فلم يحضُرْ يغرَّم المالَ، وإذا تكفَّل ببدن مَنْ عليه ديْنٌ مجهولٌ ـ: فالمذهب: أنه يصحُّ؛ لأنَّ الكفالة بالبَدَنِ لا بالدَّيْن.

وقيل: إذا قلنا: إذا ماتَ المكفُولُ ببدنه، يجبُ المالُ على الكفيلِ ـ: فلا تصحُّ هذه الكفالةُ؛ كما لو ضمن دَيْناً مجهولاً، ولو تكفَّل ببدنه بشرط أنَّه إذا عجز عَنْ تسليمه أدَّى الدَّيْن، هل يصحُّ أم لا؟

إنْ قلنا عند الإطلاق: إذا عجز يلزمُهُ الدَّيْن ـ: فيصح؛ لأنَّه صرَّح بمقتضاه.

وإن قلنا: لا يلزمه ـ: فلا تصحُّ الكفالة للشرط الفاسد.

ولو تكَفَّلَ ببدنه مؤجَّلاً علىٰ أن يسلِّمه بعْدَ شَهْر ـ: يصحُّ؛ ولا يطالبُ بإحضاره قَبْلَ مُضِيِّ تلك المدَّة، فلو أتىٰ به قبل مضيِّ تلك المدَّة، فإنْ كان له في الامتناعِ من القبولِ غَرَضٌ ـ: لا يلزمه القبولُ؛ وإلاَّ فيلزمه القبولُ؛ كما لو شرط مكاناً للتسليم، فأتَىٰ به في غير ذلك المكانِ.

ولو شرط أجَلاً مجهولاً؛ كالعطاءِ والحصادِ؟ فيه وجهان:

الأصحُّ: لا يجوزُ للجهل.

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة، ـ رحمة الله عليه ـ: يجوزُ.

فإذا تكفَّلَ ببدنه مدَّةً؛ مثْلُ: إنْ قال تكفَّلته شَهْراً، أو إلى يومِ كَذا ـ معناه: أسلمه إليك في الشهر، فإذا مضى فأنا حِلٌّ[١] عن الكفالة ـ: ففيه قولان:

أحدهما: لا يصحُّ ضمانُ المال، كذلك بأن يقول: ضَمِنْتُهُ إلى يوم كذا، فإذا مضىٰ، فأنا بريء منه.

والثاني: يصحُّ؛ لأنه قد يكونُ له غَرَضٌ في تسليمه في الشهر بخلافِ المالِ، فإنَّ المقصود منه الأداء؛ بدليلِ أنَّه يتصوَّر الخروجُ عن كفالةِ البَدنِ مِنْ غير تَسْليمٍ ولا إبراءٍ بأنْ يموتَ المكفُولُ ببدنه، فإذا شرطَ كان ذلك من مقتضى العقْدِ، ولا يخرج عن ضمانِ المالِ مِنْ غير أداءٍ، أو إبراءٍ، وكان ذلك الشرطُ خلافَ مقتضى الضمانِ؛ فعلى هذا: إذا مضى الشَّهْرُ يبرأُ الكفيل.

ولو قال: إذا جاء رأْسُ الشهر، وقد تكفَّلْتُ ببدنه ـ: فهو كتعليقِ الوكالة[٢]، وفيه قولان، فإنْ جوَّزنا يصير كفيلاً بعد مضيِّ الشهر، ولو تكفَّل ببدن إنسانٍ، ثم المكفولُ له أبْرأَ الكفيلَ من الكفالة ـ: يبرأُ؛ كما لو أبرأَ المضمونُ له الضامنَ عَنِ الضمانِ: يبرأُ.

ولو صالح الكفيلُ المكفولَ له علىٰ دراهمَ علىٰ أنْ يبرئه من كفالةِ النَّفْسِ ـ: لا يصحُّ، والكفالةُ بحالها.

ولو جاءَ رجلٌ، وقال للمكفولِ له: أُبْرِىءُ الكفيلَ، وأنا كفيلٌ ممَّن تكفَّل به ـ: ففيه وجهان:

قال ابن سُرَيْج: يصحُّ؛ لأنه نقل الضمانَ إلى نفسه؛ كما لو أحال الضامنُ المضمونَ له على آخَرَ.

---

(١) في ظ: خارج.

(٢) في ظ: الكفالة.

وقال الشيخُ أبو حَامِدٍ: لا يصحُّ؛ لأنَّه يتكفَّل بشرطِ إبراءِ الكفيلِ؛ وذلك شرط فاسدٌ.

ولو تكفَّلَ ببدن إنسانٍ علىٰ أنَّه بالخيار ـ: لا يصحُّ؛ كما لا يصحُّ ضمانُ المال بشرط الخيار، أما المكفولُ له أبداً بالخيار ـ: فشرط الخيار لا يفسد العَقْدَ، ولو تكفَّلَ ببدن رجلٍ، ثم تكفَّلَ رجلٌ آخَرُ ببدنِ الكفيلِ، ثم تكفَّل رجلٌ ببدن الكفيلِ ـ: يصح؛ كما يصحُّ ضمان الدين عن الضمين، ولوكان لرجُلٍ حَقٌّ على رجلَيْن، فقال له: تكفَّلْتُ لك ببدن أحدِهِما، ولم يعيِّنْ ـ: لم يجُزْ؛ كما لو قال: بعتُكَ أحَدَ هذين العَبْدَين، ولم يعيِّنْ ـ: لا يصحُّ، فإنْ عيَّن أحدهما ـ جاز.

فلو قال: تكفَّلْتُ ببدنِ هذا، وعيَّنَهُ، فإن جئتُك به؛ وإلاَّ فأنا الكفيلُ ببدن الآخر ـ: لم يجز؛ لأنَّ كفالة الأولِ غَيْرُ لازمةٍ، وكفالة الثاني معلَّقة، ولا يجوزُ تعليقُ الكفالةِ بالشرط.

ولو تكفَّلَ ببدن رجُلٍ لنفسين، فسلَّمه إلى أحدهما ـ: فيبرأُ عن حقِّه ولا يبرأُ عن حقِّ الآخر؛ لأنَّه ضمن تسليمَيْن؛ كما لو ضمن دَيْنَيْنِ لرجلَيْن، فأدَّى أحدهما ـ: لا يبرأُ عن حَقِّ الآخر.

ولو تكفَّل آثنانِ لرجُلٍ ببدن رجُلٍ ـ نُظِرَ: إن تكفَّلا على الترتيب، فجاء به أحدُهُما، وسلَّمَهُ إليه ـ: يقعُ تسليمه عن نفسه، لا عَنْ صاحبه؛ سواءٌ قال: سلمت عن صاحبي أو لم يقلْ.

أمَّا إذا تكفَّلا معاً، فجاء به أحدُهُما، وسلَّمه إليه ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: يبرأُ من كفالته، ولا يبرأ الآخر؛ كما لو أبرأ أحدهما ـ: لا يبرأُ الآخر.

والثاني: يبرأُ الآخَرُ؛ لأنَّ المستحقَّ عليهما إحضاره، وقد وجد كما لو ضمن رجلان ديناً، فأدَّىٰ أحدهما ـ: يبرأ الآخر، وليس كالإبراء؛ فإنه مخالفٌ للأداء؛ بدليل أنه من ضمان المالِ: لو أبرأ أحدُ الضامنين لا يَبْرأُ الآخر، ولو أدَّى أحد الضامنَيْنِ يبرأُ الآخر، ولو تكفَّلَ ببدن رَجُلٍ عليه دَيْن، فقال المكفولُ له: لا حَقَّ لي قِبَلَهُ، فهل يبرأُ الكفيلُ والمكفولُ به بهذا القول؟ ذكر ابنُ سُرَيْجٍ فيه وجهين:

أحدُهُما: يبرأُ، وتزولُ الكفالةُ؛ لأنَّ قوله: «لا حَقَّ لي قِبَلَهُ»: نفيٌ في نكرة؛ فيقتضي استغراقَ الجنْسِ، أي: لا حَقَّ في يمينه ولا في ذمَّته.

والثاني: يرجعُ إليه: فإن قال: أردتُ به: «لا حَقَّ لي في ذمَّتِهِ» بَرِىء من الحقِّ والكفالةِ، وإن قال: أردتُ أنه لا شَيْء لي في يده علىٰ سبيلِ الأمانة والعارية ـ: قُبِلَ قوله، وإن كذَّبه الكفيلُ والمكفولُ به ـ حَلَفا، وإن تكفَّلَ ببدن رَجُلٍ، ثم آدَّعىٰ أنه تكفَّل، ولا حَقَّ

عليه ـ: فالقولُ قولُ المكفولِ له؛ لأنَّ الكفيلَ قد أَقرَّ بالكفالة، والكفالةُ لا تكونُ إلاَّ لِمَنْ عليه حَقٌّ.

ولو ضَمِنَ عن رجُلٍ دَيْناً، وأدَّى، ثم ٱدَّعىٰ أنه ضَمِنَ، وأَدَّىٰ بإذْنِ المضمونِ عنه، وأنكر المضمونُ عنه الإذْنَ، وقال: لا رجُوعَ لَكَ عليَّ» ـ فالقولُ قولُ المضمون عَنْهُ مع يمينه، لأنَّ الأصل عدمُ الإذن.

ولو ضمن دَيْناً، أو تكفَّل ببدن إنسان، ثم ادَّعى أني ضمنتُ بشرط الخيارِ؛ فلم يصحَّ الضمان ـ: يبنىٰ علىٰ أن تبعيض الإقرارِ: إنْ قلنا: لا يبعَّض ـ: فالقول قولُ الضامن مع يمنيه، وإن قلنا: يبعّضُ ـ: فالقول قول المضمونِ والمكفولِ له، وإذا قالَ في كفالة البدنِ: تكفَّلْتُ بنفس فلانٍ، أو ببدنه، أو بجسمه، أو بُروحه ـ: تصح الكفالةُ، ولو تكفَّل ببعض بدنه، أو بعضو من أعضائِهِ ـ: ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يصحُّ؛ لأنه عُضْوٌ متصلٌ به، فيحصلُ تسليمه بتسليمِ ذلك العضو.

والثَّاني: لا يصحُّ؛ لأنَّ الكفالة لا تُقْبَلُ السرايةُ؛ حتى يكونَ ذِكْرُ بعضه كذكر كلِّه.

والثَّالث ـ وهو الأصحُّ ـ: ينظر: إن كان عُضْواً لا يعيشُ البدنُ بدونه؛ كالرَّأْسِ والوَجْهِ والقَلْبِ والكَبِدِ والطِّحَالِ والحُشْوَةِ والدِّمَاغِ والدَّم؛ فتصحُّ الكفالة، إذا أضافها إليه، وكذلك: لو أضاف إلى جزءٍ شائعٍ منه؛ بأن قال: تكفَّلْتُ نصفَهُ أو ربعه ـ: فيصحُّ.

وإن كان عضواً يعيشُ البدنُ بدونه؛ كاليدِ والرِّجْل والأُذُن وغيرها ـ: فلا يصحُّ.

ولو تكفَّل ببدنِ صَبيٍّ أو مجنونٍ عليه؛ حتَّى قال ابن سُرَيْجٍ: يصحُّ؛ كما يصحُّ ضمانُ دَيْن على الصبيِّ؛ لأنَّ الحقَّ يلزَمُ الصبيَّ والمجنونَ؛ كما يلزمُ البالغَ العاقلَ، ثم إنْ تكفَّلَ بإذن وليِّه، فطولِبَ بإحضاره ـ: كان للكفيل مطالبةُ وليِّه بإحضاره، وإن تكفَّل بغير إذنِ وليِّه ـ: فهو كما لو تكفَّلَ ببالغٍ بغيرِ إذنه، والله أعلم.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الشَّرِكَةِ[1]

قَالَ اللَّهُ تَعَالَىٰ: ﴿وَٱعْلَمُوا أَنَّ مَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ، فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ...﴾ الآية [الأنفال: ٤١].

جعل الله تعالى خُمُسَ الغنيمةِ لأصنافٍ، وأبقى الباقيَ مشتركاً بين الغانِمينَ.

---

(١) الشَّرِكَةُ في اللغة مَصْدَرٌ من الفعل الثلاثي: «شَرِكَ» يَشْرَكُ شِرْكاً، أو اسم مصدر من الثلاثي المزيد: شَارَكَ يشارك مشاركة؛ أو من المضعف شَرَّك يُشَرِّك تَشْرِيكاً.

وفي لفظ الشَّرِكة لغات أشهرها ثلاثة هي: «شِرْكَة» بكسر فسكون «وشَرِكَة» بفتح فكسر، «وشَرْكَة» بفتح فسكون.

قال ابن القطاع: يقال: شَرِكْتُكَ في الأَمْرِ أَشْرَكُكَ شِرْكاً وشِرْكَةً، وحكي: بوزن نعمة وسرقة، وحكى مَكّي لغة ثالثة: شَرْكة بوزن ثَمَرَةٍ، وحكى ابن سيده: شَرِكْتُه في الأمر وأَشْرَكْته.

وقال الجوهري: وشَرِكْتُ فلاناً: صرت شَرِيكَهُ، واشْتَرَكنا، وتَشَارَكْنَا في كذا، أي: صِرنَا فيه شُرَكَاءَ. والشِّرْك بوزن العِلْم: الإِشْرَاكُ، والنَّصِيبُ.

والشَّركة واحدة: الشركات، وواحد الشُّركاء: شريك، يجمع على شُرَكاء وأشْراك، ومعناها الاختلاط، أو خلط المِلْكَيْن، أو مخالطة الشريكين واشتراكهما في شيءَ واحِدٍ.

وقيل: هو أن يُوجَدَ شيء لاثنين فَصَاعِداً، عَيْناً كان ذلك الشيء أو معنى.

وقيل: أن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أَحَدُهُما.

وحاصل ما قيل: أن معنى الشركة في اللُّغة.

الاختلاط والامتزاج:

وقد ورد في المعنى اللغوي قوله تعالى: ﴿وأَشْرِكْهُ في أمري﴾ [طه: ٣٢] وقوله تعالى: ﴿فيه شُرَكَاء مُتَشاكِسُون﴾ [الزمر: ٢٦]، وقوله ـ ﷺ ـ: «الناس شُرَكَاءُ في ثلاثة: الماء، والكلأ والنار».

انظر: الصِّحَاح (٤/ ١٥٩٣)، ومعجم مقاييس اللغة (٣/ ٢٦٥)، المصباح المنير (١/ ٤٧٤)، والنهاية في غريب الحديث (٢/ ٤٦٦)، لسان العرب ص ٢٢٤٨، ٢٢٥٠، ترتيب القاموس المحيط (٢/ ٧٠٤)، مختار الصحاح ص ٣٣٦. =

. . . .

= اصطلاحاً:
عرفها الحنفيةُ بأنها: عِبَارةٌ عن اختلاط النَّصِيبَيْنِ فصاعداً، بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر.
عرفها الشافعيةُ بأنها: هي ثُبُوتُ الحَقِّ في شيء لاثنين فأكثر، على جهة الشيوع.
عرفها المالكية بأنها: إذن كل واحِدٍ من الشريكين لصاحبه في التصرف في ماله أو ببدنه لهما.
عرفها الحنابلة بأنها: نوعان: اجتماع في اسْتِحْقَاقٍ، أو في تصرف، والنوع الأول: شركة في المال، والنوع الثاني: شركة عقود.
انظر: تبيين الحقائق (٣/ ٣١٣)، شرح فتح القدير (٦/ ١٥٢)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٣٣٢)، والمبسوط (١١/ ١٥١)، مغني المحتاج (٢/ ٢١١)، مواهب الجليل (٥/ ١١٧)، الكافي (٢/ ٧٨٠)، كشاف القناع (٣/ ٤٩٦)، المغني (٥/ ١).
حكمَةُ مَشْرُوعِيَّة الشَّرِكَة أن الله ـ سبحانه وتعالى ـ خلق الخلق، وهو عالم بضعفهم، واحتياجهم لبعض، وجعلهم مدنيين بطبعهم لا يستغني أحدهم عن الآخر في معاملتهم المالية، والشارع الحكيم لم يترك باباً من أبواب المنفعة إلا طَرَقَه وفَتَحَهُ، ولا سبيلاً من سبل السعادة إلا مهدها وسهلها، وحَثَّ عليها، فمن ذلك الشركة لما فيها من معاونة الشُّركاء بعضهم بعضاً مالاً وبَدَناً، فلو جرى الناس عليها، وراعوا شروطها الشرعية لعم النفع، وأزهرت رياض السعادة في ربوعهم، ولذا حَثَّ الشارع، وندب إليها، قال الله تعالى: ﴿وتَعاوَنُوا عَلَىٰ الْبِرِّ والتَّقْوَىٰ﴾ وقد أمر الله ـ سبحانه وتعالى ـ على لسان رسوله ـ ﷺ ـ بالتَّحَلِّي بفضيلة الأمانة فيها لتحصل البركة لهم، والمساعدة في شركتهم؛ لأنها مدار نجاحها؛ فقال ـ ﷺ ـ لهم: «أنا ثالِث الشَّرِيكَيْنِ ما لم يَخُنْ أحدهما الآخر، فإذا خَانَهُ خَرَجْتُ من بينهما».
ومعنى الحديث: أنا مُعينهما ومساعدهما، ومبارك لهما في مالهما وبدنهما.
ومن فوائد الشركة ترقية الأعمال التجارية، وفروع الصناعات المختلفة، وتكثير وسائل تنمية الثروة، وبها أمكن مَدُّ السكك الحديدية في أنحاء المعمورة، وبناء المعامل الضخمة، والقناطر المشيدة، والأساطيل التجارية الفخمة، وبها نبغ المهرة في جميع الحرف والصناعات حتى أمكن صنع كثير من لوازم الحياة، وكمالياتها لسدِّ حاجات الإنسان المتزايدة باستمرار، وقد فطن لهذه أهل الغَرْب، ومن سايرهم فتمسّكوا بها، وانتفعوا بفوائد هذه الشركات، ونالوا منها الأرباح الطائلة، والأموال الجمة، وصار لهم في كل بلد من بلدان العالم شركات كثيرة يرتبط بها أهم المصالح العامة التي لا يمكن الاستغناء عنها، فوصلوا من ذلك إلى مآربهم المادية والاقتصادية والسياسية والقومية.
وبالجملة فهي مما عليه مَدَارُ انتظام مصالح الفقير والغني والمالك والمعدم، خُصوصاً المزارعة، فإن حياة النوع الإنساني والحيواني مُتَعلِّقة بالأرض، وما أودع الله فيها من الخيرات والنعم الجليلة، ولا يمكن للمُلاّك وهم قليلون لا يستطيع أكثرهم العمل في المُزَارعة، وعمارة الأرض، واستثمارها سد حاجات أنفسهم، فضلاً عن سَدِّ حاجة المجتمع البشري، وحولهم الكثيرون ممن يستطيع العمل، وحرث الأرض، واستغلالها على الوجه المطلوب، ولا ينقصهم إلا التمكن من أعمال الزراعة، واستثمارها، فكانت حَاجَةُ النوْع الإنساني ماسّة إلى شركة المُزَارعة لتتوفر أسباب الحياة، وتنظيم المصالح للنوع الإنساني، وتزول أكبر عقبة في سبيل نمو الإنسان والحيوان، فشرعت رَحْمةً بالعباد، ولُطْفاً بهم. ﴿إنَّ الله بعباده رَؤوف رحيم﴾.

ورُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ـ ﷺ ـ قَالَ: «يَقُولُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: «أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ، مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ؛ فَإِذا خَانَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا»[1] الشَّرِكَةُ: اسْمٌ لثبوتِ الحقِّ في الشيءِ الواحدِ لجماعةٍ على الشيوع.

وهي على أقسامٍ:

شَرِكَةٌ في الأعيانِ والمنافعِ؛ كالمِيرَاثِ: يكونُ مشتركاً بين الورثة، والغنيمةِ بَيْنَ الغانمين، أو اشترى جماعةٌ شيئاً، أو وُصِّيَ لهم فَقَبِلُوا، أو اتَّهَبُوا.

وشركَةٌ في المَنافِعِ دون الأعْيانِ؛ كما لو استأجر جماعة عَيْناً، أو أوْصىٰ لهم بخدمة عَبْدٍ، أو وَقَفَ عليهم شيئاً يشتركون في منفعته.

وشَرِكَةٌ في الأعْيانِ دُونَ المنافعِ؛ كمن أوصىٰ لرجلٍ بخدمة عَبْدٍ، ومات عَنْ عَدَّةٍ مِنَ الورثة، فعَيَّنَ العَبْد لهم، والمنفعة للموصَىٰ له.

وشركةٌ في حقوق الأبدانِ؛ مثلُ: حَدِّ القَذْفِ والقصاصِ: يرثُهُ جماعةٌ.

وشركةٌ في حقوقِ الأموالِ؛ كالشُّفعَةِ: تثبت لجماعة.

والمقصودُ من هذا لكتاب عَقْدُ الشركةِ في التِّجاراتِ والمُعَامَلاتِ، وهي على أربعةِ أقسامٍ:

شركةُ العِنانِ[2]، وشركة الوُجُوهِ[3]، وشَرِكةُ الأبدانِ، وشركة المُفاوضَةِ[4]، وكلُّها ـ

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٧٦)، كتاب البيوع: باب في الشركة، حديث (٣٣٨٣)؛ والدارقطني (٣/ ٣٥) كتاب البيوع، حديث (١٣٩)؛ والحاكم (٢/ ٥٢)؛ والبيهقي (٦/ ٧٨)، كتاب الشركة، باب: الأمانة في الشركة وترك الخيانة، كلهم من طريق محمد بن الزبرقان عن أبي حيان التيمي عن أبيه عن أبي هريرة به.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٤٧٤ ـ ٤٧٥): قال ابن القطان في كتابه وهو حديث إنما يرويه أبو حيان التيمي عن أبيه عن أبي هريرة وأبو حيان هو يحيى بن سعيد بن حيان أحد الثقات لكن أبوه لا يعرف له حال ولا يعرف من روى عنه غير ابنه ويرويه عن أبي حيان أبو همام محمد بن الزبرقان وحكى الدارقطني عن لوين أنه قال: لم يسنده غير أبي همام.

(٢) هي بكسر العين وتخفيف النون على الوجه الأكثر مأخوذة من عنان الدابة وهو ما تقاد به، كأن كل واحد من الشريكين أو الشركاء أخذ بعنان صاحبه أي بناصيته بحيث لا يتصرف في شيء من البيع والشراء والكراء والاكتراء وغير ذلك مما تحتاج له التجارة إلا بإذن شريكه، ولذا لو تصرف واحد منهما بدون إذن الآخر كان له رده وضمن إن ضاع ما تصرف فيه. وبفتح العين على قلة من عنَّ الشيء يَعِن إذا عرض.
وفي الاصطلاح: أن يشترط كل من الشريكين، أو الشركاء على صاحبه ألا يتصرف في شيء من البيع والشراء، والكراء والاكتراء، وغيرهما مما تحتاج له التجارة إلا بإذنِ شريكه، سواء كان في شيء معين كهذه الدابة مثلاً، أم في نوع خاص؛ كرقيق، أو صوف، أو في جميع أنواع المتجر فيه. وأما لو دخلا على أن لأحدهما التصرف المطلق دون الآخر، هل تكون مفاوضة فيمن أطلق له التصرف، وعنانا فيمن =

عندنا ـ باطلةٌ إلاَّ شركةَ العِنانِ؛ فإنها جائزةٌ بالاتفاقِ؛ أخذت من عِنَانِ الدابَّة؛ لاستواءِ الجانبين في موجب العَقْدِ؛ كاستواء طرفَي العِنانِ.

وقيل: لأنَّ كلَّ واحدٍ يمنع(١) صاحبَهُ أن يعمل ما يشتهي كَعِنَانِ الدابَّة يَمْنَعُ الدابَّة.

وصورتُها: أن يُخْرِجَ كُلُّ واحدٍ دنانيرَ مثل دنانير صاحبه في الوصْفِ، أو دراهِمَ مِثْلَ دراهمِ صاحبِهِ، ويخلطا المالَيْنِ، ثُمَّ بَعْدَ الخَلْطِ: يعقدا عَقْدَ الشَّرِكَةِ، فيقولا: عَقَدْنا الشركة أو اشتركنا؛ ولا يصحُّ العَقْدُ قبل الخَلْط.

ويجبُ أنْ يأْذَنَ كُلُّ واحد منهما صاحبه في التصرُّف.

وقيل: إذا خلطا المالَ، وعقدا الشَّرِكَةَ ـ: لا يشترطُ الإذْنُ في التصرُّف؛ بل مجرَّد العقد إذْنٌ، وليس بصحيحٍ، بل الإذنُ شَرْطٌ، والعَقْدُ والخلْطُ سَبَبُ الشركة.

وكذلك: لو كان لكلِّ واحد عَرَضٌ، فتبايعا النصْفَ بالنصف؛ فبمجرَّد التتابع: لا يستفيد التصرُّف؛ لأنَّه سبب الشركة، وسبب الشركة لا يفيدُ التصرُّف في مال الشريكِ؛ كمال وارثِهِ؛ فإنهما لو وَرِثَا مالاً مختلطاً ـ: لا يجوزُ لأحدهما أنْ يتصرَّف فيه إلاَّ بإذْنِ الآخرِ.

ويشترطُ أنْ تَكُونَ على الدنانيرِ والدراهمِ المطبوعَةِ؛ لأنَّهما مالا التجارة، ولا يجوزُ على السبيكة والنُّقْرة؛ لأنهما عَرْضَانِ كالثياب.

ويشترط اتفاقُ المالَيْن في الجِنْس والوصْف؛ بحيث لا يمكن التمييزُ بينهما بعد الخَلْط: فإن كان مِنْ أحدهما دراهم، ومن الآخر دنانير، واختلفا في الوصْفِ: بأن كان دنانيرُ أحدهما صِحَاحاً، ودنانيرُ الآخر مكسَّراً، أو أحدُهُما عَيْنٌ والآخر وسَطٌ، أو اختلفا في

= قيد عليه أو تكون فاسدة، واستظهر؛ لأن الشركة يقتصر فيها على ما جاء فيها، ولم يرد في كلامهم التعرض لهذه، ولأن فيها التفاوت في العمل.
ينظر: كلام شيخنا محمود آدم فرغلي في الشركة.

(٣) «شركة الوجوه» تحتمل معنيين، أحدهما: أن يشتري شيئاً بوجهه، أي: بنفسه، ولا ينوي صاحبه، ولا يذكره في البيع، ثم يشاركه الآخر فيه، والآخر: أن يكون بمعنى الجاه والحظ، يقال: وجه الرجل: إذا صار وجيهاً أي ذا جاه وقدر، فكأنه يشتري، ليرخص له في البيع، لقدر حظه وجاهه، ثم يشاركه الآخر.
ينظر: النظم المستعذب (٢/ ٥).

(٤) «شركة المفاوضة» مأخوذ من قولهم: قوم فوضى، أي: متساوون لا رئيس لهم، ونعام فوضى، أي: مختلِطٌ بعضه ببعض، وكذلك: جاء القوم فوضى، ويقال: أموالهم فوضى، أي: هم شركاء فيها، وفيضوضى: مثله، يُمَدُّ ويُقْصَرُ.
وتفاوض الشريكان في المال: إذا اشتركا فيه أجمع، وهي شركة المفاوضة. ذكر هذا كله الجوهري.
ينظر: النظم المستعذب (٢/ ٤، ٥).

(١) في أ: يمنعه.

سكِّهِ وتاريخِهِ؛ بحيث يمكن التمييزُ بينهما بعد الخَلْط بذلك الوصْف، أو إحداهما مثقوبةٌ، أو ذاتُ عِزَي ـ: فلا يصحُّ العقد.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: خلط المالَيْن ليْسَ بشَرْطٍ، وإن كان لأحدهما دراهم، وللآخر دنانير ـ: تَصِحُّ الشركةُ، وبالاتفاق: لو كان لأحدهما حنطة، وللآخر شعير ـ: لا يصحُّ؛ فنقيس عليه، ولا يشترط اتفاق المالين في القدر، ويكونُ الربح بينهما على قدر المالَيْنِ، ولا يشترط ذكرُهُ في العقد؛ بل إطلاقه يقتضيه، وذكره لا يضُرُّ، ولا يُنْظَرُ إلى تَفاوتِهِمَا في العَمَلِ، فلو اشترط التفاوتُ في الرِّبْحِ مع الاستواءِ في المال ـ: لا تصحُّ الشركة.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: يصحُّ على ما شرطا، فنقول: هذا رِفْقٌ يستحقُّ بملك الأصْلِ؛ فيستحقُّ بقدر الملك؛ كثمار الأشجار المشتركة ومنافعِ الدوابِّ المشتركة.

ومهما فسد عقد الشركة بوجْهٍ من الوجوه ـ: فالتصرُّف جائز مع فساد الشركة؛ لوجود الإذن؛ كما لو دخل ببيعِ شَيْءٍ، وشرط فيه شرطاً فاسداً ـ فالوكالةُ باطلةٌ، ولا يفسُدُ الإذنُ، ويصح البيعُ، ويكون الربحُ بينهما على قَدْرِ المالَيْن، وهل تجب الأجرةُ ـ نُظر: إن اَستويا في المال والعمل ـ: فلا شيء لأحدهما على الآخر، ويتقاصَّان، وإنِ اَختلفا ـ نُظر: إن اَختلفا في العملِ، واَستويا في المالِ: فإن كان عمل مَنْ شَرَطَ له الزيادة أكثر ـ: رجع بنصف أجْرِ الزيادة، وإن كان عَمَلُ الآخر أكثر ـ: فهل يرجعُ بنصْفِ أجر الزيادة؟ فيه وجهان:

أحدهما: يرجعُ؛ لأنه عقد ربْحٍ، فإذا فسد استحقَّ العامل أجر المثل؛ كما في القراض.

والثاني: لا يرجعُ؛ لأنَّه عمل حصل في الشركة مِنْ غير شرط عوضٍ، والعملُ في الشركة لا يقابله العِوَضُ؛ ألاَ تَرَىٰ أنَّ العقد لو كان صحيحاً، وزاد عمل أحدهما ـ: لا يستحقُّ عليه شيئاً، بخلاف القراضِ؛ فإنَّ العمل هناك بمقابلة العوض، وإن اَختلفا في المال؛ بأن كان لأحدهما ألفٌ، وللآخر ألْفان، وشرطا الاستواءَ في الربحِ، واستويا في العملِ، فيرجعُ مَنْ قلَّ مالُهُ على الآخر بثلث أجرة عمله؛ لأنَّ له ثلث المالِ وعمل نِصْف العمل ـ: فثلُثُ عمله زائد؛ فيرجع به لفساد العقد.

وهل يجوزُ عَقْد الشركة على غير الدراهمِ والدنانيرِ؟ نُظِر ـ: إن كان مِنْ ذوات القِيَمِ؛ كالحيوان والثياب ـ: لا يجوز؛ لأنَّ القيمة تتغيَّر بالارتفاع والانخفاض فيؤدِّي إلى أن يدخل الربح في رأسِ المالِ، وإن كان من ذوات الأمثالِ؛ كالحبوب والأدهان ونحوها ـ: ففيه قولان:

قال في رواية البُوَيْطِيِّ ـ وبه قال أبو يوسُفَ ـ: لا يجوزُ؛ كما لا يجوزُ عقد القِراضِ عليه، لأنَّها ليسَتْ من مال التجارة؛ كذوات القيم.

والثاني ـ وهو الأصح ـ: يجوزُ، وبه قال محمَّد بن الحَسَن؛ لأنَّهما مالانِ لا يتميَّز أحدهما عن الآخر عند الخلط؛ كالنقدَيْنِ، ويفارق مَالَ القراض؛ لأن العامل حقُّه في الربح، فلو جوَّزنا في العروضِ، واختلفت قيمتها من العقد إلى المفاضلة؛ فيؤدِّي إلى أن يدخل الربْحُ في رأس المال أو رَأسِ المال في الربحِ، وفي الشركة يؤمَنُ هذا المعنىٰ؛ لأنَّه لا حاجة فيها إلى تحصيلِ رأْسِ المالِ؛ بل ما حصل في أيديهما: يكونُ مقسوماً بينهما على قدر المالَيْن من غير احتياجٍ إلى تمييزِ ربحٍ، ويفارق العروض المتقوَّمة قيمتها: تختلفُ من يوم العقد إلى يَوْمِ البيع؛ فربَّما تزيدُ قيمةُ مال أحدهما دون الآخر بارتفاع مالِ أحدهما ويتأخَّر بيع مالِ الآخر، فتزدادُ قيمتُهُ أو تنقص؛ لأنَّ الاختلاط فيه لا يمكنُ، وقد تهلك سلعةُ أحدهما، وتبقىٰ سلعة الآخر، فلا يجوزُ بيعُ مال أحدهما بينهما، وفي المختلط: يؤمَنُ هذا المعنى؛ لأنَّ ما يتلف حقهما، فإن جوَّزنا: يشترطُ اتفاق المالَيْن جنساً ووصفاً، كما في النقود؛ حتَّى لو كان المالانِ من جنْسٍ واحدٍ، والنَّوْعُ مختلفٌ يمكن التميزُ بينهما بمشقَّة؛ كالحنطة الغريبة مع البلديَّة ـ: لا يجوزُ عقد الشركة؛ كما لو كان لأحدهما سِمْسِمٌ، وللآخر ذُرَةٌ ـ: لا يجوز؛ لإمكانِ التميزِ، وإن لَحِقَ المشَقَّةُ؛ فإن جوَّزنا الشركة على المال المثليِّ، فإن كانت قيمةُ العرضَيْن متساويةً ـ: كانا شريكين فيه؛ كالسواءِ، ويتراجعان عند المفاضلة إلى مثلهما، والربحُ بينهما، وإنْ كانَتِ القيمةُ مختلفةً؛ بأنْ يكونَ لأحدهما كُرّ حنطة، قيمته مائةٌ، وللآخر كُرٌّ قيمته خمسونَ، فخلطا؛ فهما شريكانِ بقَدْر قيمة المالَيْن؛ فيكون المالُ والربحُ بينهما أثلاثاً، وعند القسمة يبيعانه، ويقسمان على قيمة رأْسِ المال أثلاثاً؛ فإن أراد قسمةَ عَيْن رَأس المالِ أثلاثاً ـ: لم يَجُزْ؛ على أصحِّ القولين، وإن كان لكلٍّ واحدٍ عَرَضٌ، وأرادا الشركة ـ: باع أحدهما نصْفَ عَرَضِهِ بنصْفِ عَرْضِ صاحبه؛ فيصير الكُلَّ مشتركاً بينهما؛ فيتقاصَّان، ويأذن كلُّ واحد لصاحبه في التصرُّف؛ فيكون صحيحاً، وهو أبلغ في الاشتراكِ مِنْ خَلْطِ المالَيْن؛ لأنَّه ما مِنْ جزء ـ ههنا ـ إلاَّ وهو مشتركٌ بينهما، وهناك ـ: وإن وجد الخَلْطُ ـ: فمالُ كلٍّ واحد في الحقيقة ممتازٌ عن مال الآخر، ولو لم يتبايعا هكذا، ولكن اشتريا بالعرضَيْن غَيْر مشتركين بينهما عرضاً، أو باعهما بثَمَنٍ واحدٍ ـ: ففي صحة البيع قولان:

فإن جوَّزْنا: يكونُ الثمنُ مشتركاً بينهما؛ فيأذن كلُّ واحد صاحبه في التصرُّف، وإن اختلفت قيمةُ العرضَيْن ـ: فيكون المالُ والربحُ بينهما على التفاوُتِ، وإذا كان لأحدهما عَشَرَةُ دنانيرَ، وللآخَرِ مائةُ درهمٍ، وابتاعا شيئاً، وَرَبِحَا: فلو كان نَقْدُ البلد أحدهما ـ قُوِّمَ الآخَرُ به، فإن اسْتوَتْ قيمتهما ـ استويا في الربْحِ، وإن اختلفت قيمتهما ـ تَفَاوتا في الربحِ على

قَدْر المالَيْن؛ مثلُ: إنْ كانت قيمةُ عشرة دنانير مائَتَيْ درهمٍ؛ فيكون الثلثان لصاحبِ الدنانيرِ، والثلثُ لصاحب الدراهم.

وأما شَرِكَةُ الوجوهِ، وشَرِكَةُ الأبدان وشركةُ المفاوضة عندنا باطلة.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: كلُّها صحيحة.

فصورة شركةِ الوجوه أنْ يكونَ رجلان؛ لكلِّ واحد منهما وجهٌ عند الناس ومنزلةٌ، فاشتركا علىٰ أن يبتاعا في الذمَّة بجاههما إلى أجَلٍ، وما يبتاع كلُّ واحد: يكونُ بينهما، ثم يبيعا ويقضيا الدَّيْن عند الأجل، فما يفضُلُ: يكون بينهما، أو يكونُ أحدهما وجيهاً يعرفُه التُّجّار، فيشتري[1] منهم في الذمّة، ويحمله إلى رجُلٍ مجهولٍ؛ ليبيعه؛ فما يحصل من الربح: يكون بينهما؛ وهذا فاسد.

وإذا اشترىٰ أحدُهُما شيئاً: يكون ذلك له خاصَّةً، له ربحه، وعليه خسرانُهُ، ولا يكون لصاحبِهِ فيه شركةٌ إلاَّ بأربعِ شرائطَ:

أحدها: أنْ يأذن له في الشراءِ: أما بمطلقِ الشركةِ فيه[2] فلا يستفيده.

والثاني: أن يبيِّن جنْسَ ما يشتري، ويبيّن قدره، وينوي عند الشراءِ: أنه يشتري لفلانٍ، أو يسميه كالوكيل.

وصُورةُ شَرِكَةِ الأبْدانِ: أنْ يشترك محترفان علَىٰ أن يكتسبا؛ فما يحصُلُ من كسبهما: يكون بينهما؛ فهو[3] فاسد؛ لأنَّ العمل معدومٌ، وهو مجهولٌ، كما لا يصحُّ شركة العِنَانِ على مالٍ معدومٍ ومجهولٍ، ثم ما حصل بكسبِ كُلِّ واحد منهما؛ يكونُ له؛ كما لو اشتركا في الاحتطابِ، والاصطيادِ ـ: لا يصحُّ، وما أخذ كُلُّ واحدٍ: يكونُ له على الخصوص.

وشركةُ المفاوضَةِ: جوَّزَها أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ وشرطها عنده: أن يعقد على الدراهمِ أو على الدنانير.

وأنْ يستويا في قَدْرِ المال.

وأن يكون الربْحُ بينهما على قَدْرِ المالَيْن.

وألاَّ يكون لأحدهما من ذلكَ الجنْسِ مالٌ آخر.

وأن يُسَمِّيا المفاوضة.

---

(١) في أ: ويشتري.

(٢) سقط من ظ.

(٣) في أ: فهذا.

وأنْ يستوِي الشَّريكانِ في الدِّينِ والحُرِّية؛ فإن كان أحدهما مسلماً والآخر ذِمِّيًا، أو كان أحدهما مكاتَباً والآخر حُرًا[١] ـ: لا يصحُّ.

ثم حكمه عندهُمْ: أن كُلَّ ضمانٍ لزم أحدهما بغَصْبٍ أو جنايةٍ ـ: كان الآخر مؤاخذاً به، إلاَّ الجناية على الحُرِّ، وبَدَل الخُلْع والصَّدَاق، ولا يؤاخَذُ به الآخر، فكلُّ ما ملك أحدهما بشراءٍ أو التقاطٍ: يشاركه الآخر فيه إلاَّ ثلاثةَ أشياء:

قوت يَوْمِهِ، وثيابُ بدنه، وجارية يتسرَّىٰ بها.

وما ملك بإرثٍ أو هبةٍ: قال: لا يشاركه الآخر فيه؛ غير أنه إنْ كان مِنْ جنس مالِ الشركةِ: تفسُدُ الشركةُ، وقد قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ في «اختلافِ العراقيين»: إنْ لم تكُنْ شركةُ المفاوضة باطلة ـ فليس في الدنيا عقْدٌ باطل، وذلك لكثرةِ ما فيها من الجهالاتِ والمحالاتِ وأنواعِ الغَرَرِ، ثم عندنا في شركةِ المفاوضةِ: يكون الربحُ بينهما على قَدْرِ المالَيْن؛ لأنهما يتَّجِرَانِ في مالَيْهما، وحكمُ الأجرة ما ذكرنا في الشركة الفاسدة، ولو اشترك ثلاثةٌ، فأعطىٰ واحدٌ جملاً، والآخَرُ رَاوِيةً[٢] على أنْ يستقي الثالثُ المَاءَ علىٰ أنَّ ما يحصل: يكون بينهما ـ: فهذا فاسد، ثم إن أستقىٰ مِنْ ماء مملوك للسقاء، فعمله: يقعُ له، وعليه لصاحبِ الجملِ والراوية أجْرُ مثْلِ الجملِ والراوية؛ لأنه استوفَىٰ منفعتهما بأجرةٍ فاسدةٍ.

وإن أستقىٰ من مباحٍ ـ نُظِرَ: إن استقى بنيَّةِ نفسِهِ ـ: فهكذا، وإن أستقىٰ بنيَّةِ الشركة ـ: ففيه قولان: بناءً على أن التوكيل والاستئجارَ للاحتطابِ والاحتشاشِ والاستقاءِ من المباح ـ: هَلْ يجوز؟ فيه قولان:

أصحهما: يجوز كما لو استأجره لعمَلٍ آخر.

والثاني: لا يجوزُ؛ لأنَّه مباحٌ يملكُ بالحيازة، والحيازةُ من الأجير؛ فيقع ملكاً له.

فإن قلنا: يجوز ـ: فما يستقي يكون ملكاً لهم جميعاً، ويرجع كل واحد على صاحبه بِثُلُثَيْ أجْرِ الْمِثْلِ؛ فصَاحِبُ الجمل: يرجعُ بثلثَيْ أجر مثْلِ الجمَل على صاحب الرَّاويةِ والسقاءِ، وصاحبُ الراوية يرجع بثلثَيْ أجر مثل الراوية على صاحب الجملِ والسقاءِ، والسَّقَّاءُ يرجعُ بثلثَيْ أجْرِ مِثْل عمله على صاحب الجملِ والراوية، وإن قلنا: لا يجوز الاستئجارُ على الاستقاءِ ـ: فعمل السقاءِ وقع لنفسه، والماءُ له، ويرجع عليه صاحبُ الجَمَلِ والراوية بأجْر مثلِ الجمل والراوية.

---

(١) في ظ: عبد.
(٢) الدَّابة التي يُسْتقى عليها الماء. والجمع رَوَايا. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٣٨٤).

فلو ٱستأجرهم رجُلٌ بأن يقُولَ لصاحب الجملِ: استأجَرْتُ جملَكَ، ولصاحب الراويةِ: ٱستأجَرْتُ راويتَكَ، وللثالثِ: استأجرتُكَ لِحَمْلِ الماءِ من موضع كذا إلى موضع كذا، فأجروا ـ: هل تصحُّ هذه الإجارة؟ فيه وجهان[1]؛ كما لو ٱشترىٰ عَرْضَيْنِ من رجلَيْن غير مشتركين بينهما بعَقْدٍ واحدٍ ـ: ففي قولٍ: يصحُّ ويوزَّع المسمَّىٰ على أجور أمثالهم.

والثاني: لا يصحُّ؛ لأنَّ ما يخصُّ كلَّ واحدٍ مجهولٌ، وكلُّ واحد يستحقُّ أجْرَ المِثْل على المستأجر، وعَلىٰ هذا: لَو ٱشتركَ ثلاثةٌ في عَمَلِ الطَّحْنِ: من أحدِهمُ الطاحونةُ، ومن الآخر الدابَّة، ومن الثالثِ العَمَلُ ـ: لا يصحُّ.

فلو قال لهم رجلٌ: ٱستأجرتُكُمْ مع الآلاتِ لطَحْنِ هذه الحنطة ـ: فهو كما لو ٱستأجر ثلاثةَ دُورٍ من ثلاثة نفرٍ غير مشتركة بينهم؛ وفي صحته قولان: إن قلنا: يصحُّ ـ: يوزَّع المسمَّىٰ على أجور أمثالهم، وإن قلنا: لا يصح ـ: فَسَدَ المسمَّى، ولكلٍّ منهم أجرُ مثل عمله أو آلته.

أمَّا إذا لزم ذمَّتَهُمُ الطحنُ بمسمًّى[2] معلومٍ، وقبلوا، أو قَبِلَ واحدٌ على نفسه، وعلى أصحابه بإذنهم ـ: صحَّت الإجارةُ قولاً واحداً؛ لأنَّ العمل في الذمَّة معلومٌ، وهو طحْنُ الثلث على كلِّ واحدٍ منهم؛ فهو كما لو باع عَبْداً مشتركاً بَيْنَ أربعة نفرٍ ـ: يصحُّ، ويوزَّع المسمَّىٰ على أجورهمْ.

فَصْلٌ [في التَّصَرُّفاتِ في شَرِكَةِ الْعِنَانِ]

إذا عقد رجُلانِ شَرِكَةَ الْعِنانِ، وأذِنَ كُلُّ واحد منهما لصاحبه أن يتصرَّفَ في كلِّ ما يَرَىٰ مِنْ أنواع التجاراتِ ـ: جاز، ولا يشترطُ أن يثبت جِنْساً ونوعاً؛ كما في القراض.

وقيل: يشترطُ بيان الْجِنْسِ الذي يتصرَّفُ فيه؛ كما في الوكالة.

وإذا بَيَّنَ جنْساً، وقال: تصرَّفْ في كذا ـ: فكلُّ واحدٍ منهما لا يتصرَّف في نصيبِ شريكه؛ إلاَّ فيما سمى، وله أن يتصرَّف في نصيبِ نفسه فيما شاء.

ولو أذِنَ أحدُهُما لصاحبِهِ أنْ يتصرَّفَ في جميعِ مالِ الشركةِ، وقال: أنَا لاَ أتصرَّفُ إلاَّ في نصيبي ـ: جاز، وهو لا يتصرَّفُ إلا في نصيبِ نفسِهِ، وكذلك: لوَ أذِنَ أحدهما لصاحبِهِ في التصرُّف مطلقاً، ولم يأذَنِ الآخرُ ـ: فالمأذونُ يتصرَّفُ في جميعِ المالِ، وغيرُ المأذونِ لا يتصرَّف إلاَّ في نصيبِ نفسِهِ، ولو قال أحدهما: أنا لاَ أتصرَّفُ في نصيبي، أو شرطَ عَلَى

---

(١) في ظ: قولان.

(٢) في ظ: بشيء.

شريكه: أنك لا تتصرَّف في نَصيبك إلاّ في نوع واحدٍ ـ: لم يصحَّ العقدُ؛ لأنه حجر على المالكِ التَّصرُّفَ في ملكه، ولا يجوزُ لأحدِ الشريكَيْن: أن يبيع أو يشتَرِي بالغَبْن الفاحشِ، أو يبيعَ نسيئةً، أو بغيرِ نَقْد البلد بغير إذن الشريك؛ فلو باع شيئاً من مال الشركة بغبن فاحشٍ، أو إلى أجلٍ أو بغيرِ نقدِ البلد ـ: لا يصحُّ في نصيب الشريك، وهل يصحُّ في نصيبه؟ فعلى قولَيْ تفريق الصفقة.

ولو اشترى في الذمَّة شيئاً بالغَبْن ـ: يصح، ويقع العَقْدُ له ـ: فعليه أن يؤدِّي الثمن مِنْ خالصِ[1] ماله.

ولو اشترى من مالِ الشَّركة شيئاً، فوجد به عَيْباً ـ: له ردُّهُ، فلو اشتريا، وأراد أحدهما الإمسَاكَ ـ: يجوز للآخَرِ رَدُّ نصيبه؛ لأنَّ تعدُّد المشتري يوجبُ تعدُّد الصفقة.

ولا يجوزُ لأحدِهِما أن يسافِرَ بمَالِ الشركةِ، ولا أنْ يبعضه بغَيْر إذن الشريكِ؛ فإن فَعَلَ كان ضامناً لنصيب الشريك؛ لأنه خَاطَرَ بماله، والمالُ في يد الشَّريك يكون أمانَةً؛ كما في يد المودَعِ؛ فإن هلك في يده مِنْ غير تعدٍّ منه ـ: لا ضمان عليه.

ولو ادَّعَىٰ أحدُهُما هلاك المال في يده، أو رَدَّهُ إلى شريكه ـ: قُبل قوله مع يمينه.

ولو ادَّعىٰ أحدهما على الآخر جنايةً ـ: لا يسمع، ما لم يُبيِّنْ قَدْرَ الجناية، فإذا بَيَّنَ، وقال: خانني في عَشَرَة ـ: يسمع[2]، وإن لم يبيِّنِ الجهةَ ـ: فالقولُ قولُ المُنْكِرِ مع يمينه؛ لأنَّهُ أمينٌ.

ولو اشترى أحدُهما شيئاً، وفيه ربحٌ، فقال: اشتريتُهُ لنفسي، وقال الآخر: بل للشركة، أو كان فيه خسرانٌ، فقال: اشتريتُهُ للشركة، وقال الآخَرُ: بل لنفسك ـ: فالقولُ قولُ المشترِي مع يمينه؛ لأنه أعرف بنيَّته.

ولو كان في يدِ أحدِهِمَا مالٌ، فقال مَنْ في يده هذا خاصٌ مالي، وقال الآخَرُ: بَلْ مالُ الشركة، أو قال مَنْ في يده: هذا مالُ الشركةِ، وقال الآخَرُ: بَلْ هو ملكي ـ: فالقولُ قولُ من في يَدِهِ مَعَ يمينه.

ولو كانَ في أيديهما مالٌ، فاختلفا؛ فقال كلُّ واحد منهما: هذا نصيبي من مالِ الشركةِ، وأنْتَ أخذْتَ نصيبَكَ ـ: تحالفا، وكان[3] المالُ بينهما، فأيُّهما حلَفَ، ونكَلَ الآخَرُ ـ: كان للحالِفِ؛ قال الشيخ: وكذلك: لو كان المالُ في يد أحدهما، وكلُّ واحدٍ

(١) في ظ: خاص.
(٢) في ظ: سمع.
(٣) في أ: وإن كان.

يقولُ: هذا نصيبي، وأنتَ أخذْتَ نصيبك، ولو كان المالُ في يد أحدهما، فقال مَنْ في يده: اْقتسمنا مَالَ الشركةِ، وهذا نصيبي، وقال الآخر: ما اْقتسمنا، وهو مشتَرَكٌ ـ: فالقولُ قولُ المدَّعِي أنَّه مشتركٌ؛ لاتفاقهما عِلىٰ أنَّه مِنْ مال الشركةِ، والأصْلُ بقاؤه.

فَصْلٌ في فَسْخِ عَقْدِ الشَّرِكَةِ

عَقْدُ الشركة عَقْدٌ جائز؛ يجوزُ لكلِّ واحد منهما فَسْخُهُ، فإذا قال أحدُهُما: فسخْتُ الشركةَ: ينفسخُ، وانعزلا جميعاً عن التصرُّف في نصيب الآخرِ؛ لأنَّ الفسخ يقتضي رَفْعَ العقد من الجانبين.

ولو قال أحدُهُما لصاحبه: عَزَلْتُكَ، أو نهاه عن التصرُّف ـ: ينعزل عن التصرف في نصيب العازلِ، ولا ينعزلُ العازلُ عن التصرُّف في نصيب الآخر.

ولو ماتَ أحدهما، أو جُنَّ، أو أُغْمِيَ عليه ـ: انفسَخَ العَقْدُ؛ كالوكالة، حتَّى لو حسنت حالتُهُ بعد ذلك ـ: لا يجوزُ له التصرُّف في مال الشركةِ إلاَّ بعْدَ استئنافِ عَقْدٍ جديدٍ.

وإذا مات أحدهما: فلوارثه المقاسَمَةُ، فإنْ أراد الوارثُ المقامَ على الشركة ـ: يجوزُ بعقدٍ مستأنفٍ؛ لأنَّ العقد الأوَّل قد اْرتفعَ؛ وإنَّما يجوزُ إذا لم يكُنْ على الميِّت دَيْنٌ يتعلَّق بحصَّته، ولا هناك وصيَّةٌ لغير متعيّن، وكان الوارث بالغاً رشيداً، فإنْ كان الوارثُ مولياً عليه؛ لصغرٍ أو جنونٍ، فإن رأىٰ وليُّه النَّظَرَ له في المقام على الشركة ـ: اْستأنف عقد الشركة؛ وإلاَّ قسم المال؛ وكذلك: إذا أوصى لمعيَّنٍ بثلثِ مالِهِ ـ: فللموصَىٰ له المقامُ على الشركة، ولوليِّ المُوصَىٰ لـه، إن كان الموصَىٰ له صغيراً، إذا رأى النَّظَر فيه، وإنْ كان قد أوصَىٰ بثلثه لغَيْر معيَّنٍ، أو عليه دَيْن، ولم يكن في غير مال الشركة وفاءٌ بالدَّيْن ـ: لم يكن لوارثه المقامُ على الشركة، فإنْ قضى الدَّيْن من موضع آخَرَ ـ: فله ذلك.

فَصْلٌ [في الدَّعْوَىٰ بَيْنَ الشَّرِكَيْنِ]

إذا كان بين رجلَيْن عَبْدٌ، فأمر أحدهما صاحبه ببيعه، فباع كلَّه بألفٍ، ثم اْختلف الآمر والبائعُ، فقال الآمِرُ: استوفَيْتَ الثَّمَنَ، فأدِّ نصيبي، وقال البائعُ: ما اْستوفَيْتُ، والمشتري يصدِّق الآمر ـ: يسقط عن المشتري خمسُمائةٍ مِنْ نصيب الآمر؛ فإقراره أنَّ البائع الذي هو وكيلُهُ اْستوفاه، وهذا على قولنا: إنَّ الوَكِيلَ بالبَيْع يَمْلِكُ اْستيفاء الثَّمنِ، ولو كانَ مأذوناً في الاستيفاءِ، ثم ههنا دعوتان:

أحدُهُما: بين البائع والمشتري.

والأُخرى: بين الآمر والبائع، فإنْ جاء البائعُ أولاً، وادَّعىٰ على المشتري حِصَّتَهُ من

المشتري، فقال المشتري: قد أدَّيْتُهُ، فإنْ أقَامَ المشتري بَيِّنَةً على الأداءِ، أو أقام شاهداً، وحَلَفَ معه ـ: سَقَطَ عنه جميعُ الثَّمنِ.

ولو شهد له الآمِرُ هَلْ يقبل أمْ لا؟ نُظِرَ: إن شَهِدَ بعدما أبرأ البائع عَنْ حَقِّه ـ: قبلت شهادته، وإن لم يبرئْهُ ـ: لم تقبَلْ شهادته علَيْه في قبض حصَّته؛ لأنَّه يجرُّ بها إلى نفسه نفعاً، وهو حَقُّ الرجوع عليه بما قبض من حصَّته، فهل يقبل في حصَّة البائع؟ فيه قولان؛ بناءً على تبعيض الشهادة:

فإنْ قلنا: تُبَعَّضُ الشهادةُ ـ: يقبلُ، ويحلفُ المشتري معه، ويبرأ عن جميع الثمن.

وإن قلنا: لا تُبَعَّضُ ـ: لا تُقْبَلْ شهادته.

وإن قلنا: لا تقبل، ولم يكن عدلاً، أو لم يكنْ للمشتري بيِّنةٌ ـ: فالقولُ قولُ البائع مع يمينه؟ أنه لم يقبضْ؛ فإذا حلف: أخذ منه بعض[1] الثمن، ولا يشاركه الآمر فيه، لأنَّه أقَرَّ أنه أخذ الحقَّ مرَّةً، فإنَّ ما يأخذه الآن يأخذه ظلماً، ثم إن[2] ادَّعَى الآمِرُ على البائعِ ـ: حَلَفَ البائعُ أنه لم يستوفِ إلاَّ نصيبَ نفسه.

ولو نكل البائعُ عن اليمين ـ: حلف الآمِرُ، وأخذ منْهُ خمسمائةٍ، ولا رجوعَ له على المشترِي؛ لأنَّه يُقِرُّ أنَّ الآمِرَ ظَلَمَهُ فيما أخذ، أمَّا إذا نكل البائع في الابتداءِ مع المشتري، وحَلَفَ المشترِي ـ: تبرأ ذمته، ثم إن[3] ادَّعَى الآمِرُ على البائع: للبائع أنْ يحلف، فإن كان قد نكل مع المشتري؛ لأن نكوله كان في حَقِّ غيره؛ فإن نكل البائعُ عن اليمينِ ـ: حلف الآمِرُ، وأخذ منه خمسمائة، ولا رُجُوعَ له على المشتري، وكذلك: إذا جاء الآمر أوّلاً، وادَّعىٰ على البائع قَبْضَ الثمن، فإنْ أقام عليْه بيِّنَةً ـ: أخذ منه حصَّته، وإنْ لم يكُنْ له بيِّنَةٌ حلَفَ البائعُ، فإنْ نكل البائعُ: حلف الآمِرُ، وأخذ منه خمسمائةٍ، ثم إذا ادَّعَى البائعُ على المشتري ـ: فللبائع أن يحلف، وإن نكل في حقِّ الآمر.

فإنْ كانَتِ المسألةُ بحالها [وادَّعَى الآمِرُ][4] بأنَّ البائع قد قبض الثَّمَنَ مِنَ المشتري، والمشتري يَدَّعِيهِ، والآمِرُ منكر ـ: قال المُزَنِيُّ ـ رحمه الله ـ: يبرأُ المشتري عن نصْفِ الثمنِ الذي هو نصيبُ الآمِرِ بإقرار البائع أن شريكَهُ قد قَبَضَ؛ لأنه أمينٌ، ويرجع البائع على المشترِي بالنِّصْفِ الباقي، وهذا لا يصحُّ على أصل الشافعيِّ ـ رحمة الله عليه ـ لأنَّ البائع وكيلٌ من جهة الآمر، ولا يقبلُ إقرار الوكيل على الموكِّل أنه قد استوفى الثَّمَنَ.

---

(١) في أ: نصف.

(٢) في ظ: إذاً.

(٣) في ظ: إذاً.

(٤) في ظ: وادعى البائع بأن الأمر قد قبض من المشتري.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ يُقْبَلُ.

والمُزنِيُّ قد نقل هذه المسألة من كتب العراقِيِّين، فأجاب على مذهبهم.

وقيل: صورة مسألة المزنيِّ: أن يكون الآمِرُ مأذوناً مِنْ جهة البائعِ في قبضِ الثمنِ، أو كان كلٌّ واحد من الشريكَيْن مأذوناً من صاحبه في قَبْضِ الثمنِ، فإذا أقرَّ البائعُ بقبض الآمِرِ ـ: يسقط عن المشتري مطالبَةُ البائعِ في الثمنِ، ويسقط عنه نصيبه بإقراره أنَّ وكيله قد قَبَضَ، ثم ـ ههنا ـ دعوتان؛ كما ذكرنا:

إحداهما: بَيْنَ البائع والآمر.

والأُخْرَىٰ: بين الآمِرِ والمشترِي.

وإذا أجرى الدعْوَى بين الآمر والمشتري ـ: حَلَفَ الآمر أنه لم يأخُذْ شيئاً، وأخذ منه خمسمائة، وخَلُصَ له، ولا رجوع للمشترِي على البائع؛ لأنَّه يقرُّ بأنَّ الآمر أخذ منه ظلماً. وإن[1] نكَلَ الآمِرُ حلف المشتري وبرىءَ، وأمَّا إذا ادَّعىٰ البائع على الآمر ـ: حلف الآمر، وبرىء، فإنْ نَكَلَ حلف البائع، وأخذ منه خمسمائة، ولا رجوع له على المشتري، وإنْ كان قد نَكَلَ الآمرُ عن اليمينِ مع المشتري ـ: فله أن: يحلف مع البائع.

ولو شهد البائعُ للمشتري في هذه الصورة ـ: لم يقبل؛ لأنه يشهد لنفسه على الآمِرِ، فإذا لم يكن الآمِرُ مأذوناً من جهة البائع في قبض الثمن ـ: فبإقرار البائع أنَّ الآمر قد قبضه ـ لا تبرأ ذمَّة المشتري عن شيءٍ من الثمن، غَيْرَ أن البائع لا يمكنه مطالبةُ المشتري بنصيبِ الآمِرِ؛ لأنه أقر أنَّ الآمر قد قبض نصيبه، وأنَّه معزول عن وكالته، بَلْ يأخذ نصيب نفسه بلا يمين؛ لأن قبض الآمر نصيبَ البائع بغير إذنه ـ لا يبرىء ذمَّة المشتري، ثم إذا تخاصَمَ الآمِرُ والمشتري، فادَّعَى المشتَرِي على الآمر القَبْضَ، فإن كان للمشتري بَيِّنَةٌ ـ أقامها، وبرىء من حَقِّه، وإن لم يكنْ له بيّنة ـ حَلَفَ الآمِرُ أنه لم يقبضْ، فإذا حلف ـ قال المزنيُّ: هو بالخيارِ بَيْنَ أن يرجع على المشترِي بخمسمائةٍ، وبَيْنَ أن يشارك البائع فيما أخذ؛ فيأخذ منه مائتين وخمسين، ومِنَ المشتري مائتين وخمسين؛ لأنَّه ما من جُزْءٍ من الثمن إلاَّ وهو مشتركٌ بينهما؛ لاتحاد الصفقة، بخلافِ المسألة الأولَىٰ، إذا كان الآمِرُ مأذوناً في القبض: لم يكنْ للبائعِ أن يشاركه فيما يقبض من المشتري، لأنَّ بزعمه: أنه مبطلٌ فيما يقبض من المشتري، وليس له مشاركته فيما يقرُّ ببطلان يده عليه.

وقال ابنُ سُريجٍ: ليس للآمر أن يشاركَ البائع فيما أخذ، بل يأخذُ حقَّه من المشتري؛

---

(١) في أ: فإن.

لأنَّ البائع قد انعزَلَ عن وكالته بإقرارِهِ: أن الموكِّل أخذ حقَّه، وهو لا يأخذُ بَعْدَ العزل إلاَّ حقَّ نفسه؛ فلا يشاركه الآمِرُ فيه.

ولو شَهِدَ البائعُ للمشتري علىٰ قَبْضِ الآمِرِ ـ: لا تقبلُ شهادته على قول المُزَنِيِّ؛ لأنه يدفع عَنْ نفسه بهذه الشهادة مشاركةَ الآمِرِ معه فيما أخذ، وعلى قَوْلِ ابن سُرَيْجٍ: يُقْبَلُ؛ لأنَّ عنده لا رجوع له عليه، فهو لا يدفع بشهادته ضَرَراً عن نَفْسِهِ.

فَصْلٌ [في ثُبُوتِ حَقٍّ لِرَجُلَيْنِ عَلىٰ رَجُلٍ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ]

إذا كان لرجُلَيْن حقٌّ على رجلٍ ثبت بسبب واحد، هل ينفردُ أحدهما بقَبْضِ نصيبه؟ نظر: إن ثبت إرثاً لا ينفردُ، وكذلك إذا كاتَبَ رجُلاَنِ عبداً كتابةً واحدةً ـ: لا ينفرد أحدهما بأخذ نصيبه من النجوم.

وإن ثَبَتَ بغير الميراثِ والكتابةِ؛ بأن باعا سِلْعَةً صفقة واحدة، هل ينفردُ أحدهما باستيفاء نصيبه من الثمن؟ فيه وجهان:

أحدهما ـ وهو اختيار المزنيِّ ـ رحمه الله ـ: لا ينفردُ، بل إذا أخذ منه شيئاً شاركه الآخَرُ فيه؛ كما في الميراث؛ لأنَّ قسمة الدَّيْنِ: لا تجوزُ؛ كما لا يجوزُ بَيْعُ الدَّيْن بالدَّيْن.

والثَّاني: ينفردُ بخلاف الميراثِ؛ لأنه لا يتجزَّأ، وكذلك: الكتابةُ؛ ألا تَرَىٰ أن أحد الورثة لا يجوزُ أن يرثَ بعْضَ التركة منفرداً به لا يشاركه فيه الآخر؛ وكذلك: كتابة بعض العبد لا يجوزُ، وكذلك: لا يتجزأ في القبض، أمَّا سائر الحقوق تتجزَّأُ في الأصلِ، فتتجزَّأ في القبض، أما إذا باع كلٌّ واحدٍ منهما نصيبه بعقد آخَر، فينفرد كلٌّ واحد منهما بأخذ نصيبه بعقد آخر؛ لا يختلف القولُ فيه.

فَصْلٌ [في بَيْعِ العَبْدِ الشَّرِيكِ بغَيْرِ إذْنِ الآخَرِ]

عبد مُشْتَرَكٌ بين شريكين؛ باع أحدهما جميع العَبْدِ بغير إذنِ شريكه ـ: لا يصحُّ البَيْعُ في نصيب الشريك، وهل يصحُّ في نصيبه؟ فعلى قولَيْ تفريق الصفقة.

ولو باع أحدُهُما نصْفَ العبد ـ نظر: إن قال: بعتُكَ نصيبي ـ: صح البيع، وإنْ باع نصفَهُ مطلقاً ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: ينصرفُ إلى نصيبه، ويصحُّ البيع.

والثاني ـ وهو الأصحُّ ـ: يقع شائعاً؛ فيصيرُ كأنه باع نصْفَ نصيبه، ونصْفَ نصيب شريكه، فلا يصحُّ في نصف نصيبِ الشريكِ، وفي نصف نصيبه قولان.

ولو أقرَّ بنصفه مُطْلقاً لإنسانٍ ـ: فعلى هذَيْن الوجهين:

أحدهما: ينصرفُ إلى نصيبه؛ فيصح.

والثاني: يكونُ شائعاً؛ فلا يقبل في نصف نصيبِ الشريكِ، ويقبلُ في نصْفِ نصيبه قولاً واحداً؛ لأن الإقرار ليس بعقدٍ يتفرَّق.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: ينصرفُ إلى نصيبه، والإقرارُ يقع شائعاً.

ولو كان بين رجلَيْن عَبْدٌ، فغَصَبَ غاصبٌ نصيبَ أحدهما؛ وذلك يتصوَّر بأن يستولي عليه، فيزيل يَدَ أحد المالكَيْن عنه، ولا يزيلَ يد الآخر، فلو باع مَنْ لم يَغْصِبْ منه نصيبَهُ ـ: جاز، ولو باع المغصوب منه نصيبه ـ نظر: إن باعه من الغاصب جاز، وإن باع من غيره لا يجوز؛ إلاَّ ممَّن يَقْدِرُ على أخذه من الغاصب.

ولو باع مَنْ لم يغصبْ منه مع الغاصبِ جميعَ العَبْدِ صفقةً واحدةً ـ: صَحَّ البَيْعُ في نصيب المالِكِ، وبطَلَ فيما باعه الغاصبُ، ولم يجعلْ في نصيب المالك قولَيْن؛ لأنَّ القولَيْن في الصفقة الواحدة إذا بَطَلَ بعضها، وههنا: الصفقة متعددة؛ لأنَّ البائع اثنان، فبطلانُ أحد الصفقتَيْنِ لا يوجِبُ بطلانَ الأخرى، وقيل ههنا في نصيب المالك: إنه يصيرُ كما لو باع نصْفَهُ منفرداً؛ فيقعُ شائعاً، أم ينصرف إلى نصيبه؟ فعلى الوجهين:

إن قلنا: ينصرفُ إلى نصيبه ـ: صَحَّ البيع.

وإن قلنا: يقعُ شائعاً ـ: يبطل البيع في ثلاثة أرباعِهِ، وفي ربعه قولان؛ بخلاف ما لو باع المالكان معاً: صحَّ، ولا يجعلُ كأنَّ كلَّ واحد باع نصْفَهُ مطلقاً؛ لأنَّ العقد الصحيحَ هناك تناوَلَ جميعَ العبد.

ولو[1] وَكَّلَ الغاصبُ الشريكَ في البيع، أو وَكَّلَ الشريكُ الغاصبَ، فباع الكلَّ ـ: فهذه صفقة واحدة؛ فلا يصحُّ في النصف المغصوب، وفي نصيبِ الشريكِ قولان، والله أعلم.

---

(١) في ظ: فلو.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الْوكَالة[1]

رُوِي عن رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - أَنَّهُ أَعْطَىٰ عُرْوَةَ بنَ الجَعْدِ دِينَاراً لِيَشْتَرِيَ لَهُ شَاةً لِلأُضْحِيَةِ[2].

(1) الوِكَالَةُ، بفتح الواو وكسرها: التفويض، يقال: وكّله، أي: فوّض إليه، ووكلت أمري إلى فلان، أي: فوضت إليه، واكتفيت به، وتقع الوكالة أيضاً على الحِفْظِ، وهو: اسم مصدر بمعنى التوكيل.
ومنه الوكيل في أسمائه - تعالى - بمعنى الحافظ؛ ولهذا قالوا: إذا قال: وكّلتك بمَالِي، أنه يملك الحِفْظَ، فيكون فعيلاً بمعنى فاعل.
وقيل: التركيب يَدُلُّ على معنى الاعتماد والتفويض؛ ومنه التَّوْكِيلُ يقال: على الله توكّلنا أي: فوّضنا أمورنا إليه. فالتوكيل تَفْويضُ التَّصرُّف إلى الغَيْر.
وسمي الوكيلُ وَكِيلاً؛ لأن المُوَكِّل وَكَّلَ إليه القيام بأمْرِهِ، أي: فَوَّضَهُ إليه؛ اعتماداً عليه.
الوَكِيلُ: القائم بما فُوّضَ إليه، فيكون فعيلاً بمعنى مفعول؛ لأنه مَوْكُول إليه الأمر.
ينظر: المصباح المنير (٢/ ٦٧٠)، الصحاح: (٥/ ١٨٤٥)، المغرب (٢/ ٣٦٨)، المطلع (٢٥٨)، تهذيب الأسماء واللغات (٢/ ١٩٥).
واصطلاحاً:
عرفها الحنفيَّةُ بأنها: تَفْويضُ التصرُّف والحفظِ إلى الوكيل.
وعرفها الشافعية بأنها: تفويض شخصي ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته.
وعرفها المالكية بأنها: نِيَابةٌ من حَقّ غير مشروطة بموته، ولا إمارة.
وعرفها: الحَنَابِلَةُ بأنها: استنابة جائز التصرُّف مثله، فيما تدخله النيابة.
انظر: بدائع الصنائع (٧/ ٣٤٤٥)، تبيين الحقائق (٤/ ٢٥٤)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٠٩)، مغني المحتاج (٢/ ٢١٧)، الشرح الصغير للدردير: (٣/ ٢٢٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٩٩ - ٣٠٠).
والوكالة مَشْرُوعَةٌ بالكتاب لما قال تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِ إِلَى المدينةِ﴾ أخبر الله - تعالى - عن أهل الكهف: وَكّلوا واحداً منهم بشراء طَعَامٍ، وما قصّ الله - تبارك وتعالى - عن الأمم الماضية، بلا إنكار يكون شريعة لنا، ما لم يظهر ناسخه.
والسُّنَّةُ وهي: «فقد وكّل رسول الله - ﷺ - حَكِيمَ بن حزام بشراء أضْحِيةٍ» وإجماع الأمة، وهي المعقول، =

وَرُوِيَ أَنَّهُ ـ عَلَيْهِ السَّلَامُ ـ وَكَّلَ عَمْرَو بْنَ أُمَيَّةَ الضَّمْرِيَّ حَتَّىٰ قَبِلَ لَهُ نِكَاحَ أُمِّ حَبِيبَةَ بِنْتِ أَبِي سُفْيَانَ[١].

التوكيلُ؛ فيما تَجْرِي فيه النيابةُ مِنَ الأمُورِ ـ: جائز، وهو تفويضُهُ إلى الغير؛ ليعمل له، جوِّز؛ لِماسِّ الحاجة إليه؛ فإنَّ الإنسانَ قد يحتاج إلى شغل، وهو لا يحسنُهُ، أو لا يتفرَّغُ إليه؛ لكثرة أشغَالِهِ[٢]، فجوز[٣] له أن يوكِّل فيه؛ فيجوزُ في عقود[٤] المُعَامَلاَتِ من البَيْعِ، والابْتِيَاعِ، والسَّلَفِ، والاسْتِسْلاَفِ، والهِبَةِ، والاتِّهَابِ، والرَّهْنِ، والارْتِهَانِ، وفي فَسْخِ العُقُودِ، والإقالة، وعَقْدِ الصُّلْحِ، والإِبْرَاءِ، والْحِوَالَةِ من الجانبين، والضَّمَانِ، والكَفَالَةِ والشَّرِكَةِ، والوِكَالَةِ، وعقدِ القِرَاضِ، والمُسَاقاةِ، والإجارة، والْجَعالَةِ؛ والإيداعِ، والإعارةِ، والأخذِ بالشُّفْعَةِ، ويجوزُ في التزويجِ، وقبولِ النكاح، والرَّجْعَةِ، والخُلْعِ، والطلاقِ، والإعْتَاقِ، وعَقْدِ الكِتَابَةِ، والوَقْفِ، ويجوز في الوصيَّةِ وقبولِهَا، ويجوزُ في الإقْرَارِ؛ وهو أن يقولَ: وَكَّلْتُكَ لِتُقِرَّ عَنْ فلان بكذا؛ على أصح الوجهين؛ لأنه إثبات مَالٍ في الذمة كالبيع؛ فإن أَقَرَّ به الوكيل، لزم، وإلاَّ فلا؛ كالصلح، ويجبُ أن يُبَيِّنَ جنْسَ ما يقرُّ به الوكيل وقدْرَهُ؛ لأنه يَعْظُمُ الضَّرَرُ في إطلاقه، ويكثر الغَرَرُ.

والوجه الثاني ـ وهو قول ابن سُرَيجٍ ـ: لا يصحُّ؛ لأنه إخبارٌ عن حَقٍّ؛ فلا يقبل التوكيل؛ كالشهادة؛ فعلى هذا: هل يكونُ توكيله إقْراراً منه؟ فيه وجهان:

أحدُهُما ـ قاله صاحب «التلخيص» تخريجاً ـ: يكونُ إقراراً؛ لأن توكيله دليل على ثبوت الحقِّ عليه.

والثاني ـ وهو الأصحُّ عندي: لا يكون إقراراً؛ كالتوكيل بالإبراء: لا يكون إبراءً.

فإنْ قلنا: يكون توكيله إقْراراً، فلو قال: أقر لفُلانٍ عليَّ بِشَيْءٍ ـ: فيؤخذ بتفسير المُوَكِّلِ، ولو قال: أقرّ له عني، ولم يزدْ عليه ـ: فقد قيل: هو كما لو قال: أقر عني بشيء.

والمذهبُ: أنه لا يلزمه شيء؛ لأنه لم يقل: أقرّ بالمال، أو بشيءٍ آخر من فَضْلٍ، أو

= فقد يعجز الإنْسَانُ عن حفظ ماله عند خروجه إلى السفر، وقد يعجز عن التصرُّف في ماله لقلَّة هدايته، أو لكثرة ماله، أو لكثرة أشغاله، فيحتاج إلى تفويض التصرُّف إلى الغير بطريق الوكالة.
وفي «الإشراف»: اتفقوا على أن الوكالة من العُقُودِ الجائزة، وأن كل ما جازت فيه النيابة من الحقوق، جازت فيه الوكالة؛ كالبيع والشراء، واقتضاء الديون، والخُصومة في المُطَالبة بالحقوق والتزويج والطَّلاق، وغير ذلك.

(٢) تقدم في البيوع.
(١) أخرجه البيهقي (٧/ ١٣٩).
(٢) في أ: اشتغاله.
(٣) في أ: فيجوز.
(٤) في ظ: عقد.

سَخَاوةٍ، أو شجاعة؛ ألا ترى أنه لو قال لخصمه: أنا مُقِرٌّ لك، لا يلزمه شيء.

ويجوزُ التوكيلُ في الدَّعَاوَىٰ، واستيفاء الحقوقِ، وإثباتِها، وردِّ الأمانات، ويجوزُ في إثبات القِصاصِ، وحَدِّ القَذْفِ، ولا يجوزُ في إثبات حُدُود الله تعالى؛ لأنَّ الحقَّ فيه لله، وقد أمَرَ فيه بالسَّتْرِ والدَّرْءِ.

ويجوز في اسْتِيفاءِ حدود الله تعالى؛ كالإمام: يأمر مَنْ يُقِيمُهُ، والسَّيِّد يوكِّل مَنْ يقيم الحَدَّ على مملوكه.

ويجوزُ في استيفاء القِصاصِ، وحَدِّ القذف بحَضْرةِ المُوَكِّل، وهل يجوز في غَيبتِهِ؟ فيه قولان:

أصحهما: يجُوزُ؛ كما يجوز في حَضْرَتِهِ.

والثاني: لا يجوز؛ لأنَّ المُوكِّلَ رُبَّما يعفُو في الغَيْبةِ فيستوفيه الوكيلُ بعد عَفْوِهِ، وهو لا يشعرُ، ولا يمكنُ تَدارُكُه.

والأوَّل أصحُّ؛ كما لو ثبت عليه القصاصُ بالبَيِّنةِ ـ: جاز استيفاؤه في غَيْبَةِ الشهود، وإن احتملَ رجوعهم؛ فهلْ يجوزُ التوكيلُ في تمليكه المُباحاتِ؛ كإحياء المَوَات، والاسْتِقَاءِ، والاحْتِطَابِ، والاحْتِشَاشِ، والاصْطِيادِ؟ فعلى وجهين:

أحدهما: لا يجوزُ؛ كالاغْتِنامِ، ولأن المِلْك فيه يحصل بالْحيازةِ، والحيازةُ مِن الوكيل؛ فيكونُ المِلْكُ له.

والثاني: يجوزُ؛ لأنَّه تمليكُ مالٍ بسبب؛ كالابْتِياع، والاتِّهَابِ.

ولا يجوزُ التوكيل في الأيْمانِ، والنذور، والإيلاَءِ، والظِّهارِ، واللِّعَانِ، والقَسامَةِ؛ لأنَّها أيمانٌ شرعت للزَّجْر، وتتعلَّقُ بها الكَفَّارةُ، فلا تجري النِّيابَةُ فيها؛ كالعبادات: لا يجوز التوكيل في أدائها، ولا تجري النيابة فيها إلا الحج؛ فيجري فيه النيابة؛ لورود الخبر فيه.

ومَنْ ماتَ، وعليه صومٌ ـ: يصوم عنه وَلِيُّه على قوله في القديم.

ولا يجُوزُ في تعْلِيق الطَّلاقِ، وتعليقِ العِتْقِ، والتدبير؛ لأنها في مَعانِي الأيْمانِ؛ وكذلك: لو طَلَّق إحْدى امرأتَيْه لا يعينها، أو أعْتَقَ أحد عَبْديه[1]، فَوَكَّلَ بالبيان والتَّعْيين، أو أسلم عن أكثر من أربع نسوة، فوكَّل باختيار أربع منهن ـ: لا يصح.

ويجوز في تفريق الزَّكاة، والكفَّاراتِ؛ كما يجوز في أداء الحقوق.

(١) في ظ: عبيده.

ومَنْ لا يملكُ مُباشَرَةَ عَقْدٍ بنفسه ـ: لا يصحُّ منه التوكيل فيه؛ حتَّى لا يصحّ توكيلُ الصَّبِيِّ، والمجنونِ، والمَحْجور عليه في المال، ولا يصحُّ التوكيلُ من السَّفِيهِ، والعبد، والمرأة بالتزويج.

ولو وَكَّل السَّفِيه، أو العبد رجلاً بقَبُول النكاح له ـ: يجوز بعد إذْن الوَلِيِّ، والمَوْلى لهما في النكاح؛ وهذا مُطَّرِدٌ، إلاَّ الأعمى؛ فإنه لا يَبِيعُ، ولا يَشْتَري، ويوكِّل فيه؛ لأجْل الضَّرورةِ؛ وكذلك: مَنْ لايملك مُباشَرَةَ عَقْدٍ لنفسه: لا يجوز أن يكون وَكيلاً لغيره في مِثْلِ هذا العَقْدِ؛ كالصبيِّ، أو السفيه: لا يكون وَكِيلاً بالبيع والشِّراءِ؛ وكذلك: السفيه، والعبد، والمرأة: لا تكون وَكيلاً في التزويج.

وكذلك: الفاسِقُ إذا لم نُجَوِّزْ تزْويجَهُ بالوِلاَيَةِ ـ أمَّا إذا وَكَّل فاسقاً بقبول النكاح، يجوز.

وكذلك: لو وكَّلَ رجلٌ عَبْداً، أو سَفِيهاً بِقَبُولِ النكاح ـ: يجوز، ولا يَحْتاجُ إلى إذْنِ الوَلِيِّ والمَوْلى على الأصحِّ؛ بخلاف ما لو وَكَّلَ عبْداً بالبَيْعِ، أو الشراء ـ: لا يجوز، إلاَّ بإذن المَوْلى؛ لأنَّ العُهدَة في البيع تَتَعلَّقُ بالوكيل، وفي النكاح لا تتَعَلَّقُ بالوكيل عُهْدَةٌ؛ فهو كما لو وَكَّلَ عبداً أو سفيهاً بالطلاق، يجوزُ مِنْ غَيْرِ إذْن المَوْلىٰ والوَلِيِّ، ولو وَكَّلَ امرأةً بتطليقِ زَوْجَتِهِ ـ: يجوزُ على أصحِّ الوجهين؛ كالزوج: يُفوِّضُ إليها تَطْليقَ نفسها؛ فيجوز.

وإذا وَكَّلَ وَكيلاً، يجبُ أن يُبَيِّن ما يُوكِّلُهُ فيه؛ حتَّىٰ لو قال: أنْتَ وَكِيلِي في كُلِّ أُمُورِي، أو: في كُلِّ قليلٍ وكثير ـ: لا يصحُّ.

ولو قال: وكَّلْتُكَ بِبَيْعِ جَمِيعِ مالي، وكان مَعْلُوماً، أو قَبْضَ جميع دُيُوني، وهو معلومٌ ـ: يجوز.

وكذلكَ لو قال: بِعْ ما شِئْتَ مِنْ مالي، واَقْبِضْ ما شئت مِنْ دُيُوني ـ: جاز؛ لأنه إذا عرف ماله ودَيْنَهُ ـ: عرف أَقْصَىٰ ما يبيع، ويَقْبَضُ.

قال الشيخ الإمامُ: ولا يجوزُ بَيْعُ الكل، ولا قَبْضُ الكُلِّ.

ولو وَكَّلَهُ بالصُّلْحِ ـ نُظر: إن كان صُلْحَ معاوضةٍ ـ: يجب أن يُصَالِحَهُ على ثَمَنِ المثل ـ بِنَقْدِ البلد، كالبَيْعِ، وإنْ كان صُلْحَ حَطِيطَةٍ ـ: فهو كالإِبْرَاءِ؛ يجبُ أن يُبَيِّنَ ما يصالحه عليه.

ولو وَكَّلَهُ بإبْرَاءِ خَصْمِهِ ـ: لم يجز؛ حتَّىٰ يبيِّنَ الجِنْسَ والقَدْرَ الذي يُبْرِىءُ منه؛ فإذا علم جنس الدَّيْنِ وقَدْرَهُ، فقال: أَبْرِىءْ فلاناً عن دَيْنٍ ـ: له أن يُبْرِئَهُ عن الكُلِّ.

ولو قال: أُبْرِئْهُ عن شيءٍ من دَيْنِي ـ: يبرئُهُ عن قليل منه.

ولو قال: عما شئْت ـ: يبرئهُ عما شاء، ويُبْقِي شيئاً.

ولو قال: اشْتَرِ لي شيئاً، أو قال: طعاماً، أو حيواناً، ولم يُبَيِّنْ، أو رقيقاً، ولم يبيِّن ـ: لا يجوز؛ حتَّىٰ يبيِّن؛ أنه عَبْدٌ، أو أَمَةٌ، ويُبَيِّنَ نَوْعَهُ؛ بأن يقول: عبداً تُرْكِيّاً، أو هِنْدِيّاً، وهل يشترط أن يَقُولَ: قيمته كذا؟ فيه وجهان:

أصحُّهما ـ قاله ابنُ سُرَيْجٍ ـ: لا يشترطُ، ويكونُ ذلك إِذْناً في أعاد ما يكونُ منه.

وقيل: يشترطُ أن يُبَيِّنَ قَدْرَ الثَّمنِ، أو غَايَتَهُ؛ فيقولُ: عَبْداً تُرْكِيّاً بمائة، أو عبداً تُرْكيّا من مائةٍ إلى ألْفٍ، فإنْ ذكر الثمن؛ بأن قال: عَبْداً بِمِائَةٍ، ولم يذكُرِ النَّوْعَ ـ: لا يصحُّ.

وَإِنْ وَكَّلَهُ لشراءِ دَارٍ ـ: لا يجوزُ؛ حتَّىٰ يبيِّنَ المَحِلَّةَ، والسَّكَّةَ، أو شراءَ حانوتٍ؛ حتَّىٰ يُبَيِّنَ سُوقَهُ، وفي بيانِ الثمنِ وجهان.

ولو وكَّل بالخصومة ـ: لا يصحُّ حتَّىٰ يبيِّنَ الخَصْمَ وما يخاصِمُهُ فيه؛ فإن عيَّنَ أحدَهُمَا دون الآخر ـ: لا يصحُّ.

ويجوزُ التوكيلُ بالخُصُومَةِ من غير رِضَا الْخَصْمِ.

وعند أبي حَنِيفَةَ وحده: لا يجوزُ من غير رضاه، إلاَّ أن يكون للموكِّل عُذْرٌ؛ بأن يكونَ مريضاً، أو امرأةً مُخَدَّرَة[1]، أو يريد سَفَراً.

وبالاتفاقِ: يجوزُ التوكيلُ بٱستيفاءِ الحَقِّ مِنْ غَيْرِ رضا مَنْ عليه؛ لأنه توكيلٌ في خَالِصِ حَقِّهِ؛ فلا يَتَوَقَّفُ على رضا الخَصْمِ؛ كما لو وَكَّلَ بالطلاق، واستيفاءِ الدَّيْنِ: لا يشترطُ رِضَا المرأة، ورضا مَنْ عليه الدَّيْنُ؛ فإذا وَكَّلَ وكيلاً في شيء، لا يشترطُ أن يقولَ الوكيلُ بلسانه: قَبِلْتُ، بل بِمُجَرَّدِ قوله: وَكَّلْتُكَ في كذا: يصيرُ مَأْذُوناً فيه وٱشْتِغَالُهُ بالعَمَلِ قَبُولٌ، إلاَّ أَنْ يَرُدَّهُ؛ فيقول: لا أفعَلُ؛ فلا يكونُ وكيلاً.

ولفظ التوكيلِ ليس بشَرْطٍ، بلْ إذا قال: بِعْ مالِي، أو ٱفْعَلْ كذا ـ: كان مأْذُوناً، وامتثالُ الأمْرِ لا يكونُ على الفَوْرِ.

ولو عَلَّقَ الْوِكَالَةَ على أمْرٍ مُسْتَقْبَل؛ فقال: إذا قَدمَ فلانٌ، أو إذا جاء رَأْسُ الشَّهْرِ، فأنت وكيلي في كذا ـ: لا يصحُّ؛ على الظَّاهِرِ من المَذْهَبِ؛ كما لا يصحُّ تعلِيقُ البَيْعِ، والإجارة.

وقيل: كالوصيَّة.

والأوَّل أصحُّ؛ لأن غَرَرَ الجهالة يمنع صحة الوكالة؛ فغرر التعليق يمنعها بخلاف

---

(١) مستترة. المعجم الوسيط (خدر).

الوصية، فإن غرر الجهالة لا يبطلها، وكذلك غَرَرُ التعليق.

فإن قلنا: لا يصحُّ: فلو تصرَّف الوكيل بعد وجود الشرط ـ: يصح؛ لأن الإذْن قائمٌ مع فساد العَقْدِ؛ غير أنه إنْ كان قد سَمَّىٰ له جُعْلاً ـ: سقَطَ المسمَّى، ويجبُ أَجْرُ المِثْلِ؛ كالشَّرْط الفاسدِ في النكاحِ: يُفْسِدُ الصَّدَاقَ، ويوجب مَهْرَ المِثل.

أما إذا عقَد الوكالةَ في الحال، وعَلَّق التَّصرُّف على شرط؛ بأن قال: وكَّلْتُكَ بأن تطلق أمرأتي بعد شهر، أو تبيع مالِي بعد كذا ـ: يصحُّ التوكيل، ولا يتصرَّفُ إلاَّ بعد وجود الشرط.

وكذلك: لو قال: وكَّلتُكَ بتطليقِ كلِّ امرأةٍ أنكحها، أو بَيْعِ كلِّ عبد أشتريه، أو بإعتاقه ـ يصح.

أما إذا قال: إذا ملكْتُ فقد وكَّلْتُك ـ: فهو تعليق الوكالةِ.

ولو وَكَّلَ رجلاً في أمرٍ، ثم خرج الوكيلُ عن أن يكونَ مِنْ أهْلِ ذلك التصرُّف؛ بجُنُونٍ، أو إغْمَاءٍ؛ أو حُجِرَ عليه بالسَّفَهِ ـ: بطلت الوكالة، وإذا أفاقَ، أو زَالَ الحَجْرُ ـ: لا يعود وكيلاً إلاَّ بتوكيل جديدٍ.

وكذلك: لو مات الموكِّل، أو جُنَّ، أو أُغمِيَ عليه، أو حُجِرَ عليه بالسفه ـ: انعزل وكيله.

ولو أمر عبده بعقد، ثم أعتقه، أو باعه، هل يَنْعزِلُ؟ فيه وجهان؛ وكذلك لو وكَّلَ عبْدَ غيره بإذن السَّيِّد، ثم أعتقه السيد، هل ينعزل؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: لا ينعزل؛ كما لو أمر زوجته بعَقْدٍ، ثم طلقها.

والثاني: ينعزلُ؛ لأنَّه لَيْسَ بتوكيلٍ في الحقيقةِ، وإنما هو أمْرٌ، وكذلك: يَلْزمُ امتثالُه، وبزوال مِلْكِه سَقَطَ أمرُهُ عنه.

ولو عزل الوكيلُ نفسَهُ بعدما قَبِلَ الوِكالَةَ ـ: ينعزل، ولو عزله المُوَكِّلُ في غَيْبَتِهِ ـ: ينعزلُ قبل بلوغ الخبر إليه؛ على الصحيح من المذهب.

وفيه قَوْلٌ آخر: أنه لا ينعزل، إلاَّ بعد بلوغ الخبر إليه.

ويجوزُ بيعه بعد العَزْلِ قبل العلم؛ وبه قال أبُو حنِيفَةَ ـ رحمة الله عليه ـ كما أن حُكْم الفَسْخ لا يلزمُ العبْد قبل بلوغ الخبر إليه.

والأول أصح؛ بخلافِ الفسخ؛ لأن أمْرَ الشرع وَجَبَ امتثاله واعتقاده؛ فلو ألزمْناهُ حُكْم الفَسْخ قبل العلم ـ: أدَّى إلى تحير المأمور فيما يعمله، أو يعتقده، بخلاف أمر العبد.

ولو وَكَّلَ وكيلاً بمسألة الخَصْم؛ بأنْ سألَتِ المرأةُ زوجَها أنْ توكِّل بالطلاق، أو الخَصْم مسألة التوكيل، ففعل، ثم عزله ـ: ينعزل.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: لا ينعزل.

ولو وكَّله، وقال: مهما عَزَلْتُكَ، فأنت وكيلي ـ: صحَّ التوكيلُ، ويلغو الشرطُ؛ حتَّى لو عزله ينعزلُ.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إذا عزله، تَتَجدَّدُ الوكالة.

ولو وكّل رجلاً بالبيع ـ: يملكُ الوكيلُ تسليمَ المبيع، وقَبْضَ الثمن على أصح الوجهين. وكذلك: لو وكله بالابتياع، يملكُ قبض المبيع، وتسليم الثمن؛ على الأصح إن كان دفع إليه؛ لأن ذلك من قيمة العَقْدِ.

ولو وكَّلَهُ بالبَيْع إلى أجَلٍ ـ: لا يملك قبض الثمن بعد الأجل، إلاَّ بإذْنٍ جديد.

ولو وَكَّلَهُ بتثبيت حقٍّ ـ: لا يملك اسْتيفاؤهُ.

ولو وكّله باستيفاء دَيْنٍ له على إنسانٍ، فأنكر الخصم ـ: لا يملكُ الوَكِيلُ تحليفَهُ، ولا إقامَةَ البيِّنَةِ؛ على أصحِّ الوجهين؛ لأنه وَكَّلَهُ بالقبض لا بالتثبيت.

وقيلَ: له ذلك؛ لأنَّ بالتثبيت يصلُ إلى القبض.

ولو وكلَّه بالخُصُومَةِ، قال الشيخ: يملكُ التحليفَ، وإقامة البيِّنة، ولا يملكُ الاستيفاء.

ولو وكَّلَهُ بالخصومة، أو بأَستيفاء الدَّيْنِ ـ: لا يملك الوكيلُ الصلحَ، ولا الإبراءَ؛ لأنَّه خلافُ ما وَكَّلَهُ فيه.

ولا يقبلُ إقرار الوكيل على المُوَكِّلِ؛ بأنه اَسْتَوفَاهُ أو أبرأه.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: يقبلُ إقرارُ الوكيل على الموكل في مجلسِ الحُكْمِ، إلاَّ في دَعْوى النكاحِ، والطلاقِ، والقصاصِ، والعفوِ عنه؛ فنقيسُ على هذه المواضِعِ؛ لأنَّ إقراره على الموكل خِلاَفُ ما وكَّله فيه ـ: فلا يقبل؛ كما في هذه الأشياءِ.

ولا يجوزُ للوكيلِ أن يُوَكِّلَ غَيْرَهُ بغير إذْنِ المُوَكِّلِ، إذا كان ما وكّل فيه أمْراً يَتولاَّهُ الوكيلُ بنفسه، لأنَّ المُوَكِّلَ لم يَرْضَ بغيره؛ كما أن الوَصِيَّ لا يجوزُ له أنْ يُوصِيَ إلى غيره، وإنْ كان أمْراً لا يمكنُهُ توليتُهُ بنفسه، فإنْ كان تجارةً أو عَقْداً لا يحسنهما أو يَتَرَفَّعُ عن مِثْلِهِ مِنْ حَمْلِ متاع في وعائه ـ: فله أن يوكِّلَ فيه؛ وكذلك: إذا كان ممَّا يَتَوَلاَّهُ، إلاَّ أنه لا يقدر

على جميعه؛ لكثْرتِهِ ـ: جاز له أن يوكِّلَ فيما لا يَقْدِر عليه؛ لأن توكيلَهُ فيما لا يَقْدِرُ عليه إذْنٌ له في التوكيل.

وإذا كان لا يَقْدِرُ على جميعه، فهَلْ له أن يُوَكِّلَ في جميعه؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: يجوزُ؛ لأنه لما مَلَكَ التوكيلَ في بعضه ـ: ملكه في جميعه.

والثاني ـ وهو الأصح ـ: ليس له أن يُوكِّلَ فيما يَقْدِرُ عليه؛ لأنه غير عَاجِزٍ عنه.

أمَّا إذا كان أذن له الموكِّلُ في التوكيل ـ: جاز له أن يوكِّلَ، ثم نُظِر: إن عَيَّنَ، وقال: وكّل فلاناً ـ: له أن يوكِّله، سواءٌ كان أمِيناً، أو غير أمينٍ، وإنْ لم يعيِّنْ، بل أطلق الإذن ـ: فلا يجوزُ للوكيل أن يوكِّل إلاَّ أمِيناً، فإذا وكَّلَ أميناً، ثم صار خائِناً ـ هل له عَزْلُهُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك؛ كما في الابتداء: لا يجوز أن يوكِّل إلاَّ أميناً.

والثاني: ليس له ذلك؛ لأنَّه أذِنَ له في التوكيلِ، ولم يأْذَنْ له في العَزْلِ، ثم الموكِّل إنْ قال له: وَكِّلْ عَنِّي، أو أطلق؛ فقال: وَكِّلْ؛ فيكون الثاني وكيلاً من جهة الموكّل ـ: يجوز للموكِّل عَزْلُ أيِّهِمَا شاء، ولا يملكُ أحدهما عَزْلَ الآخر.

ولو قال له الموكِّلُ: وكِّلْ عن نفسك ـ: فالثاني وكيلٌ من جهة الأوَّل، فلو عزل المُوكِّلُ الوَكِيلَ الأوَّل ـ: ينعزل، ولو عزل الثاني ـ: ينعزل؛ على أَصَحِّ الوجهين؛ كما ينعزل بجنون المُوَكِّلِ.

والثاني: لا ينعزل؛ لأنه ليس بوكيل من جهته، وإنما انعزلَ بجنونِ المُوَكِّلِ؛ لانعزالِ الأول.

ولو أن الوكيل الأوَّلَ عزل الثاني ـ: ينعزل؛ كما ينعزل بجنونه وموته.

ولو وَكَّلَهُ في التصرف[1]، وقال له: اَصْنَعْ ما شئت، فهل له أن يوكّل؟ وجهان:

أصحهما: لا.

وقوله: «اصنع ما شئت» ـ ينصرف إلى تَصَرُّفِهِ.

ولو وكَّل نَفْسَيْن في بيعٍ، أوْ طَلاَقٍ ـ نُظِرَ: إن جَعَلَهُ إلى كلِّ واحدٍ منهما ـ: جاز لكلِّ واحد منهما أن يَنْفَرِدَ به، وإنْ لم يَجْعَلْ إلى كلِّ واحد ـ: لا ينفرد به أحدهما؛ لأنه لم يَرْضَ برأيه وحده.

---

(١) في ظ: في تصرفه.

وإنْ وكَّلهما بحفظِ مَتَاعٍ، هل ينفردُ أحدهما بحفظه؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: لا ينفرد؛ بل يجعلانه[1] في حِرْزٍ لهما.

وقيل: ينفرد به أحدُهُما؛ لأنه يَشُقُّ اجتماعهما عليه، فإن كان ممَّا ينقسم قسمين، فيحفظ كلٌّ واحد بعضه.

فَصْلٌ [في بَيَانِ أنَّ التَّوْكِيلَ أَمَانَةٌ]

المالُ في يد الوكَيلِ ـ يكونُ أمانةً: لو هَلَكَ في يده مِنْ غير تَعَدٍّ ـ: لا ضمان عليه، فإن تَعَدَّى فيه؛ بأن وكَّله بِبَيْعِ ثوب، فلبسه، أو دابَّةٍ، فاستعملها ـ: صار ضَامِناً، ولكن لا ينعزلُ عن الوكالة.

فلو باعه بعد التَّعَدِّي ـ: صَحَّ البيعُ، وإذا أخذ ثمنه ـ: لا يكونُ الثمن مَضْموناً عليه؛ لأنه لم يَتعَدَّ فيه.

ولو دَفَعَ إليه دراهِمَ ليشتري له بها شيئاً؛ فسلَّفها، أيْ: أخذها قَرْضاً لنفسه ـ: صار ضامناً؛ فلو اشترىٰ للموكِّل الطَّعامَ في الذِّمَّةِ، أو بِعَيْنِ مال نفسه ـ: يقع للوكيل، ولا يصيرُ للموكِّل إلاَّ بِعَقْدٍ جديد منه.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: يقع للموكِّل؛ بناءً على أصلَيْن له؛ وهو: أنَّ النقود لا تتعيَّنُ عنده، وأن الملك يقع للوكيل، ثُمَّ ينتقل إلى المُوَكِّلِ؛ فلو خرج مالُ الموكِّل من يده، ثم عاد إليه؛ فاشترى به الطعام للموكِّلِ ـ: صحَّ الشِّرَاءُ للموكِّل، ولا يكونُ الطعامُ مضموناً عليه؛ لأنَّهُ لم يَتعَدَّ فيه.

ولو طلبه المُوَكِّلُ ـ: رَدَّ ماله إليه [و] ليس للوكيلِ الامْتِناعُ؛ فإن امْتَنَعَ من التَّخْلِيَةِ بينه وبين المال من غير عُذْرٍ ـ صار ضامناً، فلو ادَّعىٰ بعده تَلَفاً، أو رَدَّاً ـ: لا يقبل قوله؛ كالغَاصِبِ.

فَصْلٌ [في تَصَرُّفاتِ الوَكِيلِ]

إذا وَكَّلَ ببيع شيءٍ مطلقاً، فعلى الوكيلِ أن يبيعه بنَقْدِ البلدِ حالاً بثمن المثلِ أو أكثر، فلو باعه بعرضٍ أو بغيرِ نقدِ البلدِ أو مؤجَّلاً أو بغَبْنٍ فاحشٍ ـ: لا يصحُّ البيع غَيْرَ أنه لا يصيرُ بمجرَّد البيع ضامناً للمالِ ما لم يسلم المبيع إلى المشتري؛ فإذا سَلَّم ـ: ضَمِنَ، والمالكُ بالخيارِ: إن شاء ضمن الوكيل، وإن شاء ضمن المشتري، فإنْ ضمن المشتري يضمنه كمال

---

(١) في ظ: يحفظانه.

قيمة العين، وإن ضمن الوكيل المذهبُ هذا ـ أيضاً ـ: يضمنه كمال الوكيل.

وقيلَ: يحطُّ قدر الغَبْن اليسيرِ، ثم الوكيل بعدما غرم يرجِعُ على المشتري، والموكِّل يرجعُ بما حطّ عن الوكيل، وهو الغبن اليسيرُ عن المشتري، فإذا استردَّ المبيع، ثم باعه بثمن المثل حالاً ـ: صح البيع؛ لأنَّ الإذْنَ بالبيع لم يرتفعْ بالتعدِّي، ولو باع بغَبْنٍ يسيرٍ ـ: يتغابَنُ الناس بمثله؛ بأن باع ما يساوي عشَرَةً بتسعة ـ: صَحَّ البيع، وبثمانية: لا يصح.

وعِنْدَ أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: يصحُّ بيع الوكيلِ بالعرض، وبالغبن الفاحشِ وبالنسيئة.

فنقول: أخذ مصراعَيِ البيع؛ فلا يلزم الموكِّل المطلق بالغبن؛ كما لو وكَّله بالشراء، فاشترى بالغبن: لا يلزم الموكِّل.

وعند أبي يوسف: يصحُّ بالنسيئة وبالعرض، ولا يصح بالغبن.

ولو قال الموكِّل: بِعْهُ بكَمْ شئْتَ ـ: فله أن يبيع بالغَبْنِ، ولا يجوز أنْ يبيعَ بالعرضِ ولا بالنسيئة.

ولو قال له: بعْهُ بما شئت ـ: يجوزُ أن يبيعَ بالعَرْض، ولا يجوزُ بالغَبْنِ ولا بالنسيئة.

ولو قال: بِعْهُ كَيْفَ شئْتَ ـ: يجوزُ بالنسيئةِ، ولا يجوزُ بالعَرْضِ ولا بالغبن.

وكان شيخي[(١)] ـ رحمه الله ـ يقولُ: إذا قال: كَيْفَ شئْتَ ـ: يجوز بالعرض[(٢)] والغَبْن.

ولو وكَّله بالبيع مطلقاً، وفي البلد نقدان ـ: يبيع بالغالب، فإن اْستويا في المعاملة ـ: يبيع بما هو الأنْفَعُ للمالك، فإن اْستويا في النفع ـ: باع بأيهما شاء:

قال الشيخُ: إن اْستويا في المعاملة ـ: وجب ألا يصحَّ التوكيلُ ما لم يبيِّنْ؛ كما لو باع شيئاً بدراهم، وفي البلد نقدانِ مستويان: لا يصح؛ حتَّى يقيد بواحد منهما؛ فإنْ أذِنَ له بنقدٍ ـ: لا يجوز أن يبيع بنَقْدٍ آخر.

ولو باع الوكيلُ بيعاً صحيحاً ـ: لا يجوزُ له تسليمُ المبيعِ قَبْلَ قبض الثمنِ؛ فإن سَلَّم فللموكِّل أن يغرِّمه قيمته: إن كانت القيمة والثمنُ سواءً، وإن كان الثمن أكثَرَ: فلا يغرمه إلاَّ القيمة، وإن كانَتِ القيمةُ أكثَرَ؛ بأنْ باعه بما يتغابَنُ الناس بمثله ـ: فهل نغرمه جميع القيمة أم نحُطُّ قدْر الغَبْن؟ فيه وجهان:

أحدهما: يحطُّ؛ لأنَّ البيع صَحَّ بذلك الثمن.

---

(١) في ظ: وكان القاضي الإمام.

(٢) في أ: النسيئة.

والثَّاني: لا بحطُّ؛ بل نغرمُه كمالَ القيمةِ، وهو الأصحُّ؛ لأنَّه صار مضموناً عليه بالقيمة.

ثم الوَكِيلُ: إن أخذ الثمن بَعْدَما غرم القيمة ـ: دفع الثمن إلى الموكِّل، وٱستردّ القيمة.

ولو وكَّله بأنْ يشتري شيئاً، فٱشترىٰ بغبن فاحِشٍ، أو بغَيْرِ نقدِ البلدِ ـ نُظِرَ: إن ٱشترى بعَيْنِ مال الموكِّل ـ: لا يصح الشراءُ، وإن ٱشترَىٰ في الذمَّة ـ: يقع للوكيل، وعليه أداءُ الثمن مِنْ مال نفسه، وإن ٱشترَىٰ بغبن يسيرٍ ـ: يتغابَنُ الناسُ بمثله؛ مِثْلُ: إن ٱشترى ما يساوي عشرة بأحد عشرة ـ: يصحُّ، وإن ٱشترى بٱثنَيْ عشر: لا يصح.

ولو وكَّله ببيع شيءٍ، فطلبه رجلانِ: أحدهما بثمن المثل، والآخر بأكثر ـ: يجبُ أن يبيع بالأكثر، فإنْ باع ممن يطلُبُ بثمن المثلِ ـ: لا يصحُّ، ولو طلبه واحدٌ بثمن المثل، فباع منه، ثم جاء رجلٌ آخر، وزاد عليه ـ نُظِرَ: إنْ كان بعد التفرق[1] عَنْ مجلسِ البَيْع ـ: لا يردُّ البيعُ الأوَّل، وإنْ كان قبل التفرُّق ـ: فقد قيل: لا يردُّ البيعُ الأوَّل؛ لأنَّ الثاني ربَّما لايثبتُ على الزيادة.

والصحيحُ مِنَ المذهب: أنه يَجِبُ أن يردَّ الأوَّل، ويبيع من الآخر.

فلو لم يَبِعْ، حتَّى رجع الثاني ـ نُظر: إن رجع قبل التمكُّن من البيع منه ـ: فالبيع الأولُ مردود؛ فيحتاج إلى تجديد العقدِ مَعَ الأوَّل ومع غيره.

وإنْ عيَّنَ الموكِّل زماناً للبَيْعِ أو مكاناً أو شَخصاً للبَيْعِ منه ـ: لا يجوز للوكيلِ أنْ يخالفه، فلو عَيَّنَ وقتاً، فقال: بِعْهُ في يَوْمِ كذا ـ: لا يجوز أن يبيع قبله ولا بعده؛ لأنَّه قد يكونُ له حاجةٌ في الوقت الذي عيَّنه، فيوكِّل ببيعه، لا تكونُ تلك الحاجةُ في غيره.

ولو غيَّر المكانَ، وقال: بِعْهُ في مكان كذا، أو في سوقِ كذا، فباع في غيره ـ نُظِرَ: إن كان له غَرَضٌ في تعيين ذلك المكانِ؛ بأن كان الراغبونَ فيه أكثَرَ، أو النقد فيه أجود ـ: لا يصحُّ بيعه في غيرِ ذلكَ المكانِ، وإن استوى الموضعان ـ: ففيه وجهان:

أصحُّهما: لا يجوز؛ لأنَّه خالف أمره، وقد يكونُ له غَرَضٌ في تعيينه لايطلع عليه.

ولو أطلق التوكيلَ بالبيع ـ: يجبُ أن يبيع في ذلك البلدِ، فلو حمله إلى بلدٍ آخَرَ ـ: صار ضامناً؛ لأنه مخاطرٌ بالمال بإخراجه عن البلد، فلو باعه في تلْكَ البلدة ـ: يصح البَيْعُ، والثمنُ مضمونٌ عليه؛ لأنَّه مخاطرٌ به بمفارقةِ البلدِ.

---

(١) في ظ: التفريق.

وإذا وكَّل بالبيع: لا يجبُ تعيينُ مَنْ يبيعُ منه، فلو عيَّنَ، وقال: بِعْ مِنْ فلانٍ ـ: لا يجوزُ أن يبيع من غيره، ولو وكَّله بالبيع أو بالشراءِ مُطْلقاً ـ: لا يجوزُ أنْ يبيعَ مِنْ نفسه، ولا أنْ يشتري مِنْ نَفْسِهِ؛ وكذلك: لا يجوزُ أن يبيع أو يشتَرِيَ مِنَ ٱبنه الطِّفْلِ؛ لأنَّه يحتاج إلى الاستقصاءِ لولده، وفيه تَرْكُ النظر للموكِّل؛ كما يبيع[1] من نفسه، ولأنَّه يتولَّىٰ طرفَيِ العقدِ على الموكِّل؛ كما لو وكَّله رجل ببيع عَبْدٍ، ووكَّله رجل آخَرُ بشرائِهِ: لا يتولى الوكيلُ طرفَي العقد عليهما، ولو باعه مِنْ أبيه أو ٱبنه البائعِ، أو وكَّله بشراءِ شَيْءٍ، فاشتراه مِنْ أبيه، أو ٱبنه ـ: هل يجوز؟ فيه وجهان:

أصحهما ـ وهو المذهب، وبه قال أبو يوسف ومحمَّد ـ: يجوزُ؛ كما لو باع أو ٱشترىٰ من زوجته أو مكاتَبِهِ أو صديقه.

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة ـ: لا يجوزُ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ بالميل إليهما.

وقيل: إذا باع مِنْ زوجته، أو الزوجةُ مِنْ زوجها، وقلنا: لا تقبل شهادةُ أحدهما للآخر ـ: ففي جواز البيع منه وجهان؛ كالأب، وعلى هذا: المكاتَبُ كالأب؛ لأنَّ شهادتَهُ لا تقبَلُ له، أما إذا أذن له في البيع من أبيه، أو ابنه البالغ: يجوز أن يبيع منهما، ولا يجوز من غيرهما، ولو أذن له في البَيْع من نفسه ـ: لا يجوز، ولو أذِنَ له في البيع من ابنه الطِّفْل.

قال الشيخ: وجب أنه يجُوزَ؛ لأنَّه إذا نظر لولده فقد رَضِيَ به الموكِّل، ويتولَّى طرفَي العقدِ؛ كما لو باع مَالَ نَفْسِهِ مِن ٱبنه الطِّفْل.

ولو أمره بالبيع بجنْسٍ مِنَ الثمن ـ: لا يجوزُ أن يبيع بجنْسٍ آخر؛ حتَّى لو قال: بِعْهُ بعشرةِ دراهم، فباعه بعشرةِ دنانيرَ ـ: لا يصح، ولو باعه بعشرةِ دراهِمَ ودينار[2] أو بعشرةِ دراهمَ وثوب ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه عَدَلَ إلى عير جنس ما أمر به، ولأن الثمن يتوزَّع على المَبِيع، فيكونُ بعْضُ المتاعِ مَبِيعاً بغير جنس ما أمر به.

والثاني: يجوزُ؛ لأنه حصل مقصوده، وزاده خَيْراً؛ كما لو قال: بعشرة دراهم، فباعه بأكثَرَ: يجوز، ولو باعه بأقلَّ: لا يجوز.

ولو قال: بِعْهُ بعشرةٍ، ولا تزدْ عليها ـ: لا يجوزُ أن يبيع بأكثر.

ولو عيَّنَ المشتري، فقال: بِعْ مِنْ فلانٍ بعشرةٍ، فباعَ منه ـ: لا يجوزُ بأكثر، ولو قال:

---

(١) في أ: لا يبيع.

(٢) في ظ: ودنانير.

بِعْهُ بعشَرَةِ دراهمَ، ولا تبعْ بخمسةَ عَشَرَ ـ: يجوز أن يبيع بأكثَرَ مِنْ عشرةٍ إلى خمسَة عَشَرَ وهلْ يجوزُ بأكثر من خمسة عشر؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأنه لم ينه عنها.

والثاني ـ وهو الأصحُّ ـ: لا يجوزُ؛ لأنَّه لما نهى عن أن يزيد خمسةً ـ: ففي الأكثر أولَىٰ، وكذلك: لو وكَّله بالشراء، فقال: اشتر عَبْدَ فُلانٍ بعشرةِ دراهمَ ـ: يجوزُ أنْ يشتري بأقَلَّ، ولا يجوز بأكثر.

ولو قالَ: اْشتَرِ بعشرةٍ، ولا تشتَرِ بخمسة ـ: يجوز أن يشتري بعشرةٍ فما دونَهَا إلى خمسةٍ، ولا يجوز بخمسةٍ، وفيما دونها وجهان.

ولو وكَّله ببيعٍ فاسدٍ ـ: لا يملكُ الفاسدَ ولا الصحيح.

ولو أَذِنَ له في البَيْعِ إلى أجَلٍ ـ: يجب أن يبيِّن الأجَلَ، وإن لم يبيِّنِ الأجَلَ ـ: لا يصحُّ التوكيلُ؛ لأنَّ الآجال تختلفُ، فلو سَمَّىٰ أجلاً، فباعه بأجلٍ أطْوَلَ ـ: لا يصح؛ كما لو قال: بِعْهُ حالاً، فباعه مؤجلاً ـ: لا يصحُّ.

ولو باعَهُ حالاً بالنَّقْدِ ـ نُظِرَ: إن باعه بثَمَنِ النقدِ ـ: لا يصحُّ، لأنَّ ثمن النقد يكونُ أقلَّ، وإن باعه بثمن النسيئة ـ نُظِر: إن كان في وقتٍ لا يأمَنُ فيه مِنْ نَهْبٍ أو سرقةٍ ـ: لا يصحُّ، وإن كان في وقتٍ مأمونٍ فيه ـ: فعلى وجهين، قال الشيخُ: وكذلكَ لو سَّمىٰ له أجلاً، فباعه بأجل دونَه ـ: فهو كما لو باعه حالاً.

أصحُّهما ـ: يجوز؛ لأنه زاده خَيْراً.

والثاني: لا يجوز؛ لأنَّه قد يكونُ له غَرضٌ في التأجير بألاَّ يتلف، ولا يطمع فيه.

ولو وكَّله بشراءِ شيءٍ، ودفع إليه ألْفاً، فقال: اْشتر في الذِّمَّة، واْنقُدْ هذا في ثَمَنِهِ، فاْشترىٰ بعينها، أو قال: اشتر بعينها، فاْشترىٰ في الذِّمَّةِ ـ: لا يجوزُ؛ لأنَّ الحكم فيهما يختلفُ، فإنَّ العين تردُّ بالعيب، فيفسخ البيع، والمشتري في الذمَّة يدَّعيه الوكيلُ لنفسِهِ، وإنْ لم يدَّعِهِ، فيشغل ذمَّة الموكِّل، وهو لم يرضَ بشغل ذمَّته.

ولو دفَعَ إليه ألفاً، وقال اْشتَرِ لي عَبْداً، ولم يقلْ: بعينها ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: عليه أنْ يشتري بعينها.

والثاني: هو مخيَّرٌ: إن شاءَ اْشترى بعينها، وإن شاء في الذمَّة ونقد فيه الألف؛ لأنَّه لم يعيِّن عليه واحداً منهما.

ولو قال: اشتَرِ إلى أجَلٍ؛ فاْشترىٰ حالاً ـ: لا يصحُّ؛ لأنه يتوجَّه عليه المطالبة في الحال.

ولو قال: اشترِ حالاً فاشترى نسيئةً إلى أجلٍ ـ نظر: إن اشتراه بثَمَنِ النسيئةِ ـ: لا يصح؛ لأنَّه لا يكونُ أكثَرَ، وإن اشتراه بثمنِ النقدِ: فعلىٰ وجهين: قال ـ رضي الله عنه ـ: الأصحُّ جوازه، وكذلك: لو وكَّل مطلقاً بالشِّراء، فاشترىٰ نسيئةً بثمن النقدِ: يجوز؛ لأنه لاضرَرَ عليه، وإنْ أراد فراغَ ذمَّته: أمكنه التعجيلُ، ولا يجوز للوكيل بالبَيْع أنْ يشترطَ الخيارَ للمشتري، ولا الوكيلِ بالشراءِ أنْ يشترطَ الخيارَ للبائع؛ لأنَّه لا حَظَّ للموكِّل فيه؛ فلا يجوزُ مِنْ غير إذنه؛ كالأجل، وهل يجوزُ أن يشترط لنفسه أو للموكِّل؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنَّ إطلاق البيع يقتضي بيعاً بلا شرط.

والثاني: يجوزُ؛ لأنه احتياطٌ للموكِّل.

ولو وكَّلَ رجلاً؛ ليشتري له عَبْداً، فاشترى غيره ـ نُظِرَ: إنِ اشترى بعين مالِ الموكِّل ـ: لم يصح، وإن اشترىٰ في الذمَّة ـ: يقع للوكيلِ؛ سواءٌ سمى الموكِّل أو لم يسمِّه.

وقيل: إنْ سمَّاهُ ـ: لم يصحَّ العقْدُ؛ فكما بطلت التسمية ـ بَطَلَ العقْدُ.

والأول أصحُّ، وهذا بخلاف ما لو وكَّله ليقبل له نكاح امرأةٍ بعينها، فقبل نكاحَ غيرها ـ: لا يصحُّ للوكيل؛ لأنَّ غبن الزَّوْج مقصودٌ، وكذلك لو شرطنا تسميته؛ كالثمن في البَيْع، وغبن المشتري غير مقصود، ولذلك: لا يشترط تسميته؛ فجاز أن يقال: إذا لم يصحَّ للموكِّل ـ: يقعُ للوكيلِ عنْدَ عدم تسميةِ الموكِّل.

ولو وكَّله رجُلٌ بِبَيْعِ عَبْدٍ، ووكَّله آخَرُ بشرائِهِ ـ: لا يجوزُ أن يتولَّى طرفَي العَقْدِ؛ بل يتولَّى من أيهما شاء، ويتولَّى عن الآخر غَيْرُهُ؛ وكذلك: لو وكله رجل بالخصومة عنه، ووكله خصمُهُ بالجواب ـ: لا يتولَّى عنهما؛ لأنَّهما متضادَّان، بل يتولَّى عن أيهما شاء.

ولو وكَّلَ عبداً ليشتري له نفْسَهُ مِنْ مولاه، أو وكَّله ليشتري له شيئاً آخَرَ مِنْ مولاه ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: يجوزُ كما لو وكَّله؛ ليشتري له [شيئاً مِنْ غير مولاه].

والثاني: لا يجوزُ؛ لأنَّ يَدَ العبد يَدُ المولىٰ؛ كما لو وكَّل رجلاً؛ ليشتري له مِنْ نَفْسِهِ شيئاً: لا يصح.

ولو وكله ليشتري له عبداً، أو وكَّله][1] ببيع عبدٍ ـ: لا يجوزُ أنْ يشتري أو يبيعَ مبعضاً؛ بل يشتري جميعه صفقةً واحدةً؛ لأن في التبعيض إضراراً بالموكِّل.

---

(١) سقط في ظ.

ولو وكَّله ببيع أعْبُدٍ، أو شراءِ أعْبُدٍ ـ: جازَ أنْ يعْقِدَ على واحدٍ واحدٍ؛ لأنه لا ضَرَرَ عليه؛ فإنْ وكَّله بأنْ يشتري صفقةً واحدةً ـ: لم يجز التفريقُ، وإن وكَّله بأنْ يشتري خمسةَ أعبدٍ صفقةً واحدةً، فابتاعهم من اثنين صفقةً واحدةً، فعلى وجهين:

أحدهما: يجوزُ؛ لأنَّه اشتراهم صفقةً واحدةً؛ كما لو اشترى من واحد.

والثاني: لا يجوزُ؛ لأنَّ عَقْدَ الواحدِ مَعَ الاثنينِ عَقْدَانِ؛ كما لو اشترىٰ بصفقتين.

ولو وكَّله ببيعِ ثلاثةِ أعبدٍ مُطلقاً ـ: جازَ بيعهم صفقةً واحدةً، وبثلاث صفقاتٍ.

ولو وكَّله ببيع ثلاثةِ أعبدٍ بألفٍ؛ فباع واحداً منهم بأقَلَّ مِنْ ألفٍ ـ: لا يصحُّ؛ لأنَّه قد لا يشتري الباقيين بما بقي من الألفِ.

ولو باع واحداً منهم بألْفٍ ـ: جاز، ثم هل له بَيْعُ الآخَرَيْنِ؟ ففيه وجهان:

أصحُّهما: يجوزُ؛ لأنه رضي ببيع الجميع.

والثاني: لا يجوزُ؛ لأنَّ مقصودَهُ تحصيلُ الألفِ، وقد حَصَلَ ببيع واحدٍ.

ولو دَفَعَ ديناراً إلى رَجُلٍ ليشتري لَهُ شاةً، فاشترى شاتَيْن ـ نُظِرَ: إن كان كلٌّ واحدة منهما لا تساوي ديناراً ـ: لم يصح للموكِّل، وإنْ كان كُلٌّ واحد يساوي ديناراً ـ: ففيه قولان:

أصحهما: يصحُّ للموكِّل، كما لو أمره أن يَبِيعَ شيئاً بدرهمٍ، فباع بدرهَمَيْنِ.

والثاني: الموكِّل بالخيارِ. إن شاء أمسكهما، وإن شاء أمسك إحداهما بنصْفِ دينارٍ، وردَّ الأخرى إلى الوكيل، وأخذ مِنْهُ نصْفَ دينار، إنْ كان الوكيلُ قد اشترىٰ في الذمَّة، وإنِ اشترىٰ بعَيْنِ مالِ الموكلِّ ـ: فالبَيْعُ في الأخرى باطلٌ؛ فإن صَحَّحْنَا الشِّراء فيهما للموكِّل، فباع الوكيل إحداهما دون إذنه بدينار ـ: لا يصح على القول الجديد.

وفي القديم: يتوقَّف على إجازة الموكل؛ لما رُوِيَ أنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ دَفَعَ دِيناراً إلى عُرْوَةَ البَارِقِيِّ؛ لِيَشْتَرِيَ لَهُ شَاةً، فَاشْتَرَىٰ شَاتَيْنِ، فَبَاعَ أَحَدَهُمَا بِدِينَارٍ، وَأَتَىٰ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ بِشَاةٍ وَدِينَارٍ، فَدَعَا لَهُ النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ بالبَرَكَةِ؛ فَكَانَ لَوِ اشْتَرَىٰ تُرَاباً لَرَبِحَ عَلَيْهِ»[1].

فَصْـلٌ

أحْكامُ العَقْدِ في البَيْعِ والشِّراءِ: تَتَعلَّقُ بالوكيلِ؛ مثْلُ تسليم رَأسِ مالِ السَّلَم، وبَدَلِ الصَّرْفِ، وخيارِ المكانِ؛ حتَّى يلزمَ بمفارقةِ الوكيلِ مكانُ العَقْدِ، ولا يلزم بمفارقَةِ الموكِّل،

---

(١) تقدم تخريجه.

ولو وكّله بشراءِ عَبْدٍ موصوفٍ غَيْرَ معيَّنٍ ـ: يجبُ أنْ يبتاعه سَلِيماً من العيوبِ؛ بخلاف العامل في القراضِ: يجوزُ له [أن][(١)] يبتاع السليم والمعيبَ؛ لأن القَصْد من القراضِ: طَلَبُ الربحِ، وقد يكونُ في ابتياع المَعِيبِ ربحٌ وفَضْلٌ.

والقَصْدُ من التوكيل في الابتياع: أنْ يبتاع ما يقتنيه ويدَّخره، ولا يقتني إلاَّ السَّليمَ؛ فلو اشترى عبداً معيباً علم به ـ: لا يصح للموكِّل، وإن كانَتْ قيمته مع ذلك العَيْب أكثَرَ من ثمنه.

وإن اشتراه جاهلاً بالعَيْب، ثم عَلِمَ به ـ: له أن يردَّه بالعيب، فإنْ رَضِيَ به سقَطَ حقُّه من الردِّ، فإن حضر الموكِّل ورضي به ـ: كانَ له، وإنْ لم يَرْضَ، وأراد الردَّ ـ: نُظر: إن كان الوكيل قد سماه في الابتياع، أو نواه، وصدَّقه البائعُ أنه ابتاعه لفلان ـ: فللموكِّل الرَّدُّ؛ لأن الشراء وقَعَ له، وهو لم يَرْضَ به.

وإنْ لم يسمِّه الوكيل، ولم يصدِّقه البائعُ أنه نواه له لزم الوكيلَ، ولو لم يَرْضَ به الوكيلُ، فأراد ردَّهُ قَبْلَ حضورِ الموكِّل، فقال البائعُ: أَخِّرِ الردَّ، حتى يَحْضُرَ الموكِّل، فربَّما يرضَىٰ به ـ: فللوكيلِ أن يردَّ؛ لأنَّ حق الردِّ على الفَوْرِ؛ فربما لا يرضَىٰ به الموكِّل، فيلزمه، فلو ردَّه الوكيلُ، ثم حضر الموكِّل، ورضي به ـ: لا يكون له إلاَّ بعَقْدٍ جديدٍ، فلو أخر الوكيلُ الردَّ على رضا الموكِّل؛ كما يقوله البائعُ؛ فإن حضرَ، ورضِيَ به ـ: كان له، وإن لم يَرْضَ ـ: لزم الوكيلَ، ولا رَدَّ له؛ لتأخيره الردَّ مع الإمكان.

وقيلَ: لَهُ الردُّ؛ لأنه لم يَرْضَ بالعيبِ، وهو ضعيفٌ.

ولو رَضِيَ به الموكِّل قبل عِلْمِ الوكيلِ أو بعده ـ: كان للموكِّل، ولا رَدَّ للوكيل؛ بخلاف العاملِ في القراض، إذا وجد بما اشترى عَيْباً ـ: له ردُّه، وإن رضي به رَبُّ المال؛ لأن للعامل حَظًّا في رِبْحِهِ، فلو أراد الوكيلُ الرَّدَّ، فقال البائع: لا تردَّهْ، فلعلَّ موكِّلَكَ قد بلغه الخبرُ، ورَضِيَ به ـ: فله الرَّدُّ بلا يمينٍ، لأنَّ البائع لا يدَّعي شيئاً يقيناً، إنَّما ظَنَّ ظنًّا، فإن قطع، وقال: قَدْ رَضيَ به الموكِّل ـ: فلا رَدَّ لك، وأنكر الوكيلُ ـ: حلف الوكيلُ لا يعلَمُ أنَّ موكِّله رَضِي به، وإنَّما حلَّفناه؛ لأنَّه لو أقرَّ لَزِمَهُ حُكْمُ إقراره؛ فإذا حَلَف ردَّهُ، وإذا نَكَلَ حَلف البائعُ لقد رَضِيَ به الموكِّل؛ فيسقط[(٢)] الرَّدُّ، ثم إذا حضر الموكِّل، وأقرَّ بالرضا ـ: أخذه، وإنْ أنكر الرضا ـ: لزم الوكيلَ، ولا رَدَّ له؛ لأنَّه أبْطَل حَقَّهُ بالنكولِ.

فإذا حلف الوكيلُ ورَدَّ السلعة، ثم حضر الموكِّل وقال: كُنْتُ رَضِيتُ بها معيبةً قَبْل ردِّ الوكيل.

---

(١) سقط من ظ.

(٢) في ظ: وسقط.

قال ابن سُرَيجٍ: كان له استردادُها مِنَ البائع؛ لأنَّ البائع قد ادَّعَىٰ رضاه، وصدَّقه عليه الموكِّل.

ولو وكَّلَ في شراء سلعةٍ بعينها، فاشترىٰ، ثم وجَدَ بها عَيْباً، فهلُ للوكيل أنْ يَرُدَّ بغير إذْن الموكِّل؟ فيه وجهان:

أحدهما: يرد؛ كما يردُّ السلعةَ الموصوفةَ.

والثاني: لا يردُّ مِنْ غيرإذن الموكِّل؛ لأنَّه قَطَعَ اجتهادُهُ بالتعيين.

قال الشيخُ ـ رحمه الله ـ: هذا كلُّه، إذا اشترىٰ بثمنٍ في الذمَّة، فإن ٱشترىٰ بعينِ مالِ الموكِّل، ولم يَرْضَ الموكِّلُ ـ: ردَّهُ، والعقد لا يلزمُ الوكيلَ، وإنْ كان قد عيَّن الموكِّل المبيعَ والثَّمنَ جميعاً؛ فقال: اشترِ لي عَبْدَ فلانٍ بثَوْبي هذا، أو بهذه الدراهمِ بعينها، فٱشترى بها[1] ـ: لم يكنْ للوكيل ردُّهُ بالعَيْبِ.

ولو وكَّله بشراءِ عبْدٍ، فٱشترى أبا الموكِّل ـ: صحَّ، وعَتَقَ على الموكِّل؛ لأنه وكَّله بتمليكه عَبْداً، وقد فعل، والعِتْقُ أمْرٌ حَدثَ في مِلْكِ المشتري، ولو ٱشترىٰ أبا الموكِّل، وهو مَعِيبٌ ـ: فللوكيلِ ردُّه؛ لأنَّا لا نعتقه على الموكِّل قبل الرضَا بالعَيْبِ.

ولو[2] وكَّلَ ببيع شيءٍ، فباعه، فوجَدَ المشتري به عَيْباً: فإن لم يعلمه المشتري وكيلاً، بل ظَنَّ أنَّه يبيعُ مِلْكَ نفسه ـ: ردَّهُ على الوكيلِ، وإنْ علمه وكيلاً: فإنْ شاءَ ردَّه[3] على الموكِّل، وإن شاءَ ردَّه[4] على الوكيلِ، ثم الوكيلُ يردُّه على الموكِّل، فإنْ كان العَيْب ممَّا يمكنُ حُدُوثُهُ عند المشتري فَصَدَّقَهُ الوكِيلُ أنه حدث في يد الموكِّل، ولم يصدِّقْهُ الموكِّلُ ـ: ردَّهُ على الوكيلِ، ولا يردُّ الوكيلُ على الموكِّلِ.

ولو وجد المشتري به عَيْباً، فهل يجوزُ للوكيل أن يَحُطَّ بعْضَ الثمن لأجْلِ العيب؟ ذكر ابن سُريجٍ فيه قولين:

أحدهما: لاَ، وللمشتري الخيارُ بيْنَ أن يخير بجميع الثمنِ أو يَرُدَّ.

والثاني: يجوزُ؛ كما لو باعَ في الابتداءِ بذلكَ القَدْر: يجوز.

وإذا اشترى شيئاً بوكالةِ الغَيْر ـ: فالملك لِمَنْ يَقَعُ؟ فيه وجهان لابن سُرَيجٍ:

---

(١) في ظ: به.

(٢) في أ: فلو.

(٣) في ظ: رد.

(٤) في أ: في يد.

أصحُهما: للموكِّل؛ كما لو قَبِلَ للغَيْرِ النكاحَ بالوكالة: يقع العقد للموكِّل؛ يدلُّ عليه: أنه لو وكَّله بشراء عبد، فاشترى الوكيل أبا نَفْسِهِ ـ: لا يعتقُ عليه.

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة، ـ رحمةُ الله عليه ـ: يقع للوكيل، ثم ينتقلُ للموكِّل بخلاف النكاحِ؛ فإنه لا يقبلُ النقْلَ مِنْ ملك إلى ملك، وملك اليمين يقبل النَّقْلَ.

ولو وكَّلَ وكيلاً بشراءِ شيْءٍ في الذمَّة، فهل للبائع مطالبةُ الوكيل بالثمن؟ نُظِرَ: إن لم يعَلَمْهُ وكيلاً مِنْ جهة الغير ـ: له مطالبته بالثمن، وإنْ علمه وكيلاً من جهة الغير ـ: ففيه أوجه:

أحدُها: يطالبُ الوكيل؛ لأنَّه عقد معه، ولم يكُنْ له مطالبة الموكِّل.

والثاني: يطالبُ الموكِّل؛ لأنَّ المِلْكَ وَقَعَ له.

والثالث: له أنْ يطالب أيَّهما شاءَ، وهُوَ الأصحُّ؛ فالوكيلُ كالضامِنِ، والموكِّل كالمضمونِ عَنْهُ؛ فللمضمون له أنْ يُطالِبَ أيَّهما شاء، فإنْ أخذ مِنَ الوكيلِ ـ: رَجعَ الوكيلُ على الموكِّل، وإنْ أخذ من الموكِّل ـ: لا يرجعُ على الوكيل؛ كالضامِنِ مع المضمونِ عَنْهُ، ولو وكَّله ببيع شيءٍ، وأخذ ثمنه، فباعه، ثم خرج المبيع مستَحَقًّا بعدما تلف الثَّمَنُ ـ: رجع المشترِي على الوكيلِ بالثمنِ الذي دفع إليه، ثم الوكيلُ يَرْجعُ على الموكِّل؛ لأنَّ العهدة عليه.

ولو دَفَعَ إليه عَشَرةَ دنانيرَ؛ ليشتري له بعينها عَبْداً، فاشترَىٰ، ثم تلفت العشرةُ قبل تسليمها إلى البائع ـ: انفسخ العَقْدُ، ولا غُرْمَ على الوكيل، ولو تَلِفَتْ قبل الشراءِ ـ: انعزل الوكيل.

ولو وكَّله ليشتري في الذمَّة، وينقد العشرةَ في ثمنه، فتلفت العشَرَةُ في يد الوكيلِ بَعْدَ الشراء ـ: لا ينفسخ العَقْدُ، ثم فيه وجهان:

أحدهما: العَقْدُ يلزم الوكيلَ، وعليه الثَّمَنُ مِنْ عنده.

والثاني: يجبُ على الموكِّل الثمن؛ لأنَّ العقد مُلْزِمٌ وقع له.

ولو تَلِفَتِ العشرةُ قَبْلَ الشراءِ، ثم اشترىٰ ـ: فعلى هذين الوجهين:

أحدهما: يَقَعُ العقد للوكيل، وعليه الثمن.

والثاني: يقع للموكِّل، وعليه الثمن.

ولو وكَّل رجلاً ببيع شيءٍ، فباعه ثم ردَّهُ عليه بعَيْبٍ، أو وكَّله ببيع شيءٍ بشَرْط الخيارِ، فباعه، ثُمَّ فسخ البيع: لا يجوز له أن يبيع ثانياً؛ لأنه كان وكيلاً بالبيع الأوَّل، فإذا باع صار معزولاً.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: يجوزُ أن يبيعه ثانياً.

فَصْلٌ في الاخْتِلاَفِ

إذا كان في يده مالٌ لغيره، وادعى[١] ردَّهُ إلى مالكه ـ: هل يقبل؟ نُظر: إنْ كان مضموناً عليه؛ كالمغصوب والمُسْتام والمستعارِ ـ: لا يقبلُ قَوْلُهُ؛ بل القولُ قولُ المالـكِ مع يمينه؛ لأنَّ يَدَ هؤلاء يدُ ضمانٍ، والأَصْلُ بقاءُ الضمان، وإنْ كان أمانةً في يده ـ فلا يخلو ـ: أما إن ادَّعى الردَّ على مَن ائتمنه أو على غير من ائتمنه؛ فإن ادعى الرد على من ائتمنه ـ: فهو على أضرب:

أحدها: أن يكونَ أخذه لمنفعةِ الدافعِ؛ كالمودع والوكيلِ بلا جعل، إذا ادَّعَيا الردَّ، وأنكر المالِكُ ـ: فالقولُ قولُهُما مع يمينهما؛ لأنهما أمينانِ، والأَصْلُ بقاءُ أمانتهما.

الضربُ الثاني: أنْ يأخذه لمنفعةٍ مشتركة بينه وبَيْنَ الدافعِ؛ كالأجير المشتركِ على قولِنا: إن يده يَدُ أمانة، والعامل في القراضِ والوكيل بالجُعْلِ[٢]، هل يُقْبَلُ قولهم في الرَّدِّ؟ فيه قولان:

أحدهما: لا بَلِ القَوْلُ قولُ الدافعِ مع يمينه؛ لأن الآخذ أَخَذَهُ لمنفعةِ نفسه، وهو حُصُولُ الأجرة له.

والثاني: القَوْلُ قَوْلُ من يدَّعي الردَّ؛ لأن أخذ هؤلاءِ لمنفعة المالكِ، وحصول الأجر، ولهم بعملهم فانتفاعهم بالعمل في العَيْن.

أما العَيْنُ ـ: فلا منفعةَ لهم فيها بخلافِ المرتهنِ والمستأجر: إذا ادَّعَيَا الردَّ اختلف أصحابُنا فيه.

قال العراقيُّون: القولُ قولُ المالك مع يمينه؛ لأنَّ المرتهن والمستأجر أخذاه لمنفعةِ أنفسهما؛ كالمستعير.

وقال الخراسانِيُّون مِنْ أصحابنا: القَوْلُ قولهما مع يمينهما؛ لأنهما أمينان كالمودع.

قال الشيخُ: هذا إذا قلنا في القِسْمِ الثاني: يقبل قولهم: فإن قلنا في القسم الثاني: لا يقبل قولهم، مع كون المنفعة مشتركة ـ: فههنا: أولى ألا يُقْبَلَ مع كون المنفعة خاصَّة لمن يدعي الردَّ.

أما إذا ادَّعى الردَّ على غَيْرِ من ائتمنه؛ كالوصيِّ والقَيِّم، إذا ادعيا دَفْعَ المالِ إلى اليَتِيمِ

---

(١) في أ: فادعى.

(٢) الجُعْلُ: هو ما يجعل على العمل من أجْرٍ أو رُشْوَةٍ. المعجم الوسيط (١/١٢٦).

بعد البلوغ ـ: لا يُقبَلُ قوله؛ هذا هو المذهب؛ لأنَّ الله تعالىٰ قال: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ، فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦]، ولو كانَ قولُه مقبولاً ـ: لم يأْمُرْ بالإشهاد.

وقيل: يقبلُ قولُهُ؛ لأنَّه أمينٌ؛ كما يقبلُ قولُهُ في قَدْرِ ما أنفق وليس بصحيح.

والمذهَبُ الأوَّل؛ بخلاف قَدْرِ ما أنْفَقَ؛ لأنَّ الإشهاد على قَدْرِ ما يُنْفِقُ عليه كلَّ ساعة تشُقُّ عليه؛ فسقط عنه، وقُبِلَ قوله، وكذلك: المُلْتَقِطُ الَّذي أخذ اللُّقطَة بنيَّةِ التعريفِ، أو مَنْ ألْقَتِ الريحُ ثَوْباً في حَجْرِهِ، إذا ادَّعىٰ الرَّدَّ ـ: لا يُقبل قوله، هذا هو المذهَبُ؛ لأنه يدَّعي الرَّدَّ على غَيْرِ من ائتمنه، ثم كُلَّ مَنْ قبلنا قوله مِنْ هؤلاء في الرَّدِّ ـ: هل له أنْ يمتنع من الردِّ إلاَّ بالإشهاد، سواءٌ كان على الآخِذِ شاهدٌ، أو لم يكُنْ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لَيْس له الامتناعُ؛ لأنَّ قوله مقبولٌ في الردِّ.

والثاني: له ذلك؛ دَفْعاً لليمين عن نفسه.

أما مَنْ لا يقبل قوله في الرَّدِّ ـ نُظر: إن كان على الآخذ شاهدٌ ـ: له أن يمتنع من الردِّ بالإشهاد، وإن لم يكنْ على الآخِرَ شاهدٌ ـ: فعلَى وجْهَيْنِ.

أصحُهما له ذلك؛ لأن قوله في الردِّ غيرُ مقبولٍ.

والثاني: ليس له ذلك؛ لأنَّه يمكنه أنْ يقول في الإنْكَارِ: لا يلزمُني تسليمُ شيءٍ إليك، حتَّى يقبل قوله.

وكذلك المديون إذا امتنع عن أداء الدَّيْن إلاَّ بالإشهاد: إن كان على الدَّيْن شاهد ـ: له ذلك؛ وإلاَّ فعلى وجهين.

فَصْــلٌ

ولو أنَّ رجُلاً دَفَعَ مالاً إلى رَجُلٍ؛ ليدفع إلى غيره قضاءً عن دينه، فاْختلفا، فقال الوكيلُ: دفعته إليه[1]، وأنكَرَ ربُّ الدَّيْنِ ـ: لا يقبَلُ قَوْلُ الوكيلِ على رَبِّ الدَّيْن؛ لأنَّه لم يأتمنْهُ، بل القَوْلُ قولُ ربِّ الدين، مع يمينه، فإذا حَلَفَ ـ رجَعَ على الموكِّل، ولا يرجع على الوكيلِ؛ لأنه لا شيء له على الوكيل، ثم الموكِّل هَلْ له أن يرجعَ على الوكيلِ بما دفع إليه؛ لترك الإشهادَ على الدفع إلى رَبِّ الدين؟ نُظر: إن كان الوكيلُ دَفَعَ إلى رَبِّ الدَّيْن بحضرة الموكِّل ـ: ليس له أن يرجع على الوكيلِ؛ لأن الاستيثاق بالإشهادِ كان على الموكِّل؛ نظراً لنفسه.

---

(١) في أ: إليك.

وقيل: يَرْجِعُ عليه وإن دفع بحضرته؛ لأن ترك الإشهاد سَبَبُ الضمان؛ فلا يسقط بحضور الموكِّل؛ كما لو أتلف مالَهُ، وهو حاضرٌ يضمن، والأوّلُ أصحُّ.

وإن كان الوكيلُ دفع بغيبة الموكِّل ـ: فللموكِّل أنْ يرجع على الوكيلِ بما دَفَعَ إليه؛ لأنَّه كان يجبُ على الوكيل حفْظُ النَّظَرِ للموكِّل بالإشهاد، وإن كان الموكِّل يصدِّقه في الدفع، فقال أبو الطيب بن سَلَمَة: إنْ كان يصدِّقه في الدفع ـ: فليس له أنْ يضمنه؛ لأنَّه مُقِرٌّ أنه أتىٰ بما أمر به، والأوّلُ المذهَبُ، وإن كان قد أشهد على الدفعِ إلاَّ أنَّ الشهود ماتُوا أو غابوا أو جُنُّوا ـ: فليس للموكِّل أن يرجع على الوكيلِ؛ لأنه أتىٰ بما عليه من الاحتياط.

وإن أشهد مشركَيْن أو عبدَيْن أو فاسقين ـ: فهو كعدم الإشهاد؛ فللموكِّل أنْ يرْجِعَ عليه، وإنْ أشهد شاهداً واحداً ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: يرجعُ عليه؛ لأنَّ الشاهد الواحد ليس بحُجَّةٍ كاملة.

والثاني: لا يرجعُ؛ لأنَّه يمكنُهُ أنْ يحلفَ معه؛ فيكون حجةً كاملةً.

ولو أمره بإيداع مال عند رجلٍ؛ فهل يلزمُهُ الإشهاد؟ فيه وجهان:

أحدهما: يلزمُه؛ لأنه لا يؤمن[1] جحوده؛ كما لو أمره بقضاء دَيْنِهِ.

والثاني: لا يلزمُهُ؛ لأنَّ قول المُودَعِ مقبولٌ في الهلاك، والرَّدِّ؛ فلا فائدة في الإشهاد.

فإنْ قلنا: يلزمُهُ الإشهادُ، فلم يُشْهِدْ، وجَحَدَ المدفوعُ إليه ـ: فللموكِّل أن يرجع على الوكيلِ ويغرِّمَهُ.

وخَرَّجَ ابن سريج قولاً آخر ـ وبه قال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: أن الوكيلَ إذا ادّعى الدفع ـ: يقبل قولُهُ على الموكِّل، وإنْ لم يَقْبَلْ على المدفوعِ إليه؛ لأنَّ المدفوعَ إليه ـ: لم يأتمنْهُ، والموكِّل قد ائتمنه؛ كما لو ادّعىٰ ردَّه إلى الموكِّل ـ: يقبل قولُهُ، وإن لم يشهد.

والأصحُّ: أنه لا يقبلُ قولُهُ على الدافع إلاَّ ببيِّنة؛ لأنَّ الموكِّل أمره بالدفعِ ـ إلى من لم[2] يأتمنْهُ؛ فمقتضاه: أن يُشْهِدَ، وعلى هذا: كُلُّ ما جُعِلَ إلى الوكيلِ مِنْ بَيْعٍ أو هبةٍ أو طلاقٍ أو عتقٍ أو صلحٍ أو إبراءٍ، فقال الوكيلُ: قد فعلْتُ، وأنكرَ الموكِّل ـ: نُظِرَ: إن كان بعدما عزله الموكِّل ـ: لا يقبل قوله؛ لأنَّه لا يملكُ المباشَرَةَ.

وإن كان قَبْل عزله ـ: ففيه وجهان:

أصحهما: لا يُقْبَلُ قولُ الوكيل إلاَّ ببيِّنة.

---

(١) في أ: ولا يؤمن.

(٢) في أ: لا.

وعلى قولِ ابنِ سريجٍ: يقبل؛ لأنه أمينٌ.

وفيه وجه ثالث: أنَّ ما كان الإقرارُ به كإيقاعه؛ مِثْلُ؛ أن يقول: طلَّقْتُ أو أعتَقْتُ أو أبرأتُ أو عَفَوْتُ ـ: يقبل قوله، وما لا يتمُّ به وحده؛ كالبيع، وقبض الثمن، ودفع المال إلى فلان ـ: لا يقبل قوله إلاّ ببيّنة، أو أكذبه الموكِّل، وعلىٰ هذا: لو وكَّله باستيفاءِ دينه، فقال: استوفَيْتُ، وأنكر الموكِّلُ ـ: لا يقبلُ قولُ الوكيلِ على الأصح.

وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ القولُ قولُ الوكيل في جميع ذلكَ إلاَّ في النكاح؛ فإنَّ الوكيل إذا قالَ: فعلْتُ، وأنكر الموكِّل ـ: فالقولُ قولُ الموكِّل؛ لأنَّ النكاح لا يُعْقَدُ إلاَّ بشاهدَيْن.

فَصْـلٌ [فيما لَوْ وَكَّلَ يُقْبَض الدَّيْنِ]

إذا كان له عَلى رَجُلٍ دَيْنٌ، أو في يده عَيْنٌ، فوكَّل رجلاً بقبضه، فجاء الوكيل ـ نُظِرَ: إنْ صدَّقه المطلوب منه، ودفع إليه ـ جاز، ثم إذا حَضَرَ الموكِّل، فأنكر التوكيل ـ: فالقولُ قولُهُ مع يمينه؛ أنه لم يوكِّلْهُ، فإذا حَلَفَ: فإنْ كان ذلك عَيْناً، وهي قائمةٌ ـ: أخذها الموكل، وإن كانَتْ تالفةً ـ: فالموكِّل بالخيار: إن شاء غَرَّم الوكيل، وإن شاءَ غَرَّم الدافع، وأيُّهما غرمه: لا رجوعَ له على الآخر؛ لأنه مُقِرٌّ أنه مظلومٌ.

وإذا[1] كان دَيْناً ـ: فالموكِّل لا يغرِّم الوكيل؛ لأنَّه لم يأخُذْ شيئاً من مالِهِ بزعمه؛ بل يغرِّم الدافع، ولا رجوعَ للدافعِ على القابِضِ.

أمَّا إذا كان المطلوبُ منه دَفَعَ المالَ إليه مِنْ غير أن يصدِّقه صريحاً؛ فإذا حلف الموكِّل، وغُرِّم الدافع ـ: له أن يرجع على القابض، دَيْناً كان أو عَيْناً، أمَّا إذا امتنع المطلوبُ منه عن دفع المالِ إلى الوكيلِ بَعْدَ تصديقه: نَصَّ على أنَّه لا يلزمه الدفْعُ إليه، ونَصَّ فيما لو قال: لِفُلانٍ عندْي أوْ عَلَيَّ كذا، وقد ماتَ، وهذا وارثُهُ: أنه يلزمُهُ الدفْعُ إليه؛ فَمِنْ أصحابنا مَنْ جَعَلَ فيهما قولَيْن:

أحدُهما: يلزمُهُ الدفْعُ إلى الوكيلِ والوارثِ جميعاً؛ لأنه مقرٌّ أنه يبرأُ بالدفْعِ إليه.

والثَّاني: لا يلزمُه إلاَّ ببيِّنةٍ؛ لأنَّه لم[2] يأْمَنْ مِنْ إنكار الموكِّل وكالته، وأن يبين مَنْ كان يَظُنُّ موتَهُ حَيًّا.

---

(١) في ظ: وإن.

(٢) في ظ: لا.

والصحيح: الفَرْق[١] بينهما، وهو أنَّه لا يجبُ الدفعُ إلى الوكيلِ، ويجبُ إلى الوارثِ؛ لأنَّ بِزَعْمِهِ يقع اليأس مِنْ عود الميت وانتقالِ المِلْكِ إلى الوارث، ولم يَقَعِ اليأسُ مِنْ حضور الموكِّلِ، وإنكارِهِ وكالتَه.

ولو قال: مَاتَ فُلَانٌ، وله عندي كذا، وهذا وصيُّه ـ: فهو كما لو قال: هذا وارثُهُ: يلزمُهُ الدفعُ إليه؛ على الأصحِّ.

ولو جاء رجُلٌ وقال: أحالَني صاحبُ الحَقِ عليك، فصدَّقه ـ: هل يلزمه الدَّفْعُ إلَيْه؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: يلزمُهُ؛ لأنَّه أقَرَّ بانتقالِ الحَقِّ إليه؛ كالوارثِ.

والثَّاني: لا يلزمُهُ؛ لأنَّه ربَّما ينكر صاحبُ الحوالة؛ كالموكِّل؛ ينكر الوكالة.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: يجبُ الدفع إلى الوكيلِ، إن كان دَيْناً، وإن كان عَيْناً: فلا يجبُ؛ لأنَّ في الدَّيْن: أقَرَّ بثبوتِ المطالبة لَهُ في مالِهِ، وفي العَيْنِ: يقرُّ في مالِ الغَيْرِ؛ فلا يقبل، وقال: لا يَجِبُ الدفْعُ إلى الوصيِّ، دَيْناً كان أو عيناً، ويجبُ إلى الوارث.

قال الشيخُ: إذا أوجبنا الدَّفْعَ إلى الوارثِ والوصيِّ، أو دَفَعَ بنفسه، وصدَّقه، ثم بَانَ المالكُ حَيًّا، وغرم الدافع ـ: له أن يرجع[٢] على المدفُوعِ إليه؛ بخلاف الوكيل: لا يرجُع إليه الدافع؛ لأنَّه صدَّقَهُ على الوكالة، وإنْكارُ ربِّ المالِ لا يرفَعُ تصديقَهُ حقيقةً؛ لأنَّه يحتملُ أنه وكَّله ثم أنكر، وههنا: ظهور المالك حيًّا يَرْفَعُ تصديقَهُ حقيقةً، والحوالةُ كالوكالة.

فأمَّا إذا أنكر[٣] المطلوب منه الحقَّ، أو الوكالة ـ نُظِر: إنْ كان الوكيلُ مأذوناً في إقامة البَيِّنة، أو جَوَّزْنا له إقامةَ البيِّنة عِنْدَ إطلاق التوكيلِ، فأقامَهَا ـ: يجبُ على المطلوبِ مِنْهُ تسليمُ المالِ إليه. فإنْ لم يكُنْ للوكيلِ بيِّنَةٌ، هلْ له تحليفُ المطلوبِ منه أم لا؟ هذا يبنىٰ على أنه لو صدَّقَهُ هَلْ يجبُ تسليمُ المالِ إليه؟

إن قلنا: يجبُ ـ: فله تحليفُهُ، لعلَّه يخافُ من اليمين، فيصدِّقه.

وإن قلنا: لا يجبُ ـ: فهذا يبنَىٰ على أن النكول ورَدَّ اليمين بمنزلة إقامَةِ البيّنة مِنَ المدعي أمْ بمنزلةِ الإقرارِ من المدَّعىٰ عليه؟

إنْ قلنا: بمنزلة الإقرار ـ: ليس له تحليفه.

وإن قلنا: بمنزلة البيِّنة ـ: له تحليفُهُ رجاءَ أن ينكل؛ فيحلف الوكيلُ ويأخذ المال.

---

(١) في أ: أن الفرق.

(٢) في ظ: يدفع.

(٣) في ظ: إذا كذب.

فَصْلٌ في الاخْتِلَافِ بَيْنَ المُوَكِّلِ
والوَكيلِ في الْوكالَةِ وَصِفَتِها.

إذا ادَّعىٰ على رجُلٍ أنه وكَّله في تصرُّف، وأنكر المدَّعى عليه ـ: فالقولُ قولُهُ مع يمينه، وكذلك: لو اتفقا على الوكالةِ، واختلفا في صفتها بأن قالَ الوكيلُ: وكَّلتني ببيع ثوبٍ، فقال الموكِّلُ: وكَّلْتُكَ ببيعِ عَبْدٍ، أو قال: وكَّلْتُكَ ببيعٍ بألْفَيْنِ، فقال: بَلْ وكَّلْتَنِي بالبيعِ بألفٍ ـ: فالقولُ قولُ الموكِّل مع يمينه.

ولو وكَّله ببيع شيءٍ، فباعه الوكيلُ مؤجَّلاً، ثم اختلفا؛ فقال الموكِّل: أمرتُكَ بالبيع حالاً، وقال الوكيل: بل مؤجَّلاً، نُظِر: إنْ صدَّق المشتري الموكِّلَ ـ: يجبُ عليه رَدُّ المبيع، وإنْ كذَّبه ـ: فالقول قولُ الموكِّل؛ يحلفُ ما وكَّله إلاَّ بالبيعِ نَقْداً؛ فإذا حلف أخذ العين، وإن نكل حلَفَ المشترِي وبقيتِ العَيْنُ له.

وإن قال المشتري: لم أعلَمْه وكيلاً مِنْ جهتكم[1] ـ حلَفَ على نَفْيِ العلْمِ، وأمسك العين، ثم الموكِّل: يحلفُ على الوكيلِ، ويغرمه قيمة العَيْن، أو مثلها، إنْ كانَتْ مثليَّةً، وإنْ نَكَلَ المشتري عن اليمين ـ: حلف الموكِّل، وأخذ العَيْنَ، وإنْ نَكَل الموكِّل: بَقيتِ العينُ للمشتري، ثم للموكِّل أن يحلف على الوكيلِ؛ ويكون له مع المشتري ولا يَبْطُلُ يمينه في حَقِّ الوكيل، فإذا حلَفَ أخذ قيمة العَيْن من الوكيلِ، ثم الوكيلُ لا يرجعُ على المشتري قبل حلولِ الأجَلِ، فإذا حَلَّ الأجَلُ ـ: يرجع على المشتري باليمين، إن كان مُصِرًّا على قوله، وإن كانَ رَجَعَ عن إنكاره وصدَّقه الموكِّل ـ: رجع على المشتري بأقَلِّ الأمرَيْنِ مِنْ قيمة العَيْن أو الثمن؛ لأنَّ الثمن: إن كان أقَلَّ ـ فقد أقَرَّ أنْ ليس على المشتري إلاَّ ذلك، وإنْ كانَتِ القيمةُ أقَلَّ ـ: فهو لم يضمن إلاَّ القيمة.

ولو وَكَّل رجُلاً ليشتري له جاريةً، فاشتراها بعِشْرين، ثم اختلفا، فقال الموكِّلُ: أمرتُكَ أن تشتريها بعشرةٍ، وقال الوكيل: بل بعشرينَ ـ: فالقولُ قولُ الموكِّل مع يمينه، فإذا حلف ـ لا يخلو: إمَّا إنْ كان الوكيلُ قد اشترى بعَيْنِ مالِ الموكِّل، أو في الذمَّة: فإن اشترى بعَيْن مالِ الموكِّل ـ: فالجاريةُ للبائع، وعليه رَدُّ ما أخذ، سواءٌ صدَّق البائعُ الوكيلَ أو الموكِّل؛ لأنَّ يمينَ الموكِّل حجَّةٌ عليهما؛ فلو أنكر البائعُ الوكَالَة، وقال: اشتراها لنفسه ـ: حلَفَ أنه لم يعلَمْهُ وكيلاً، وكانَتِ الجاريةُ في الحُكْمِ للوكيلِ، ويغرَّم الوكيل للموكِّل ما أخذ منه.

قال المُزَنيُّ: استحبَّ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: في مِثْلِ هذا: أن يرفق الحَاكمُ

---

(١) في ظ: جهتك.

بالموكِّل، فيقول: إنْ كنْتَ أمرتَهُ بعشرين ـ فقد بعْتَهُ بعشرين، فيقول: بعْتُ، ويقول الوكيلُ اشتريت، حتَّى يحلَّ للوكيل، فإذا قال الموكِّل قطعاً: بعتُكَ هذه الجاريةَ بعشرين، فقال: اشتريْتُ ـ: صارَتِ الجاريةُ للوكيل ظاهراً وباطناً، وإنْ قال كما قال المُزَنِيُّ: إن كنْتُ أمرتُكَ بعشرين ـ فقد بعتُكَهَا بعشرين ـ: فاختلف أصحابُنَا فيه.

منهم من قال: لا يصحُّ البيع؛ لأنه بَيْعٌ معلَّقٌ بشرط[1]، وما نقله المزنيُّ من كلام الحاكمِ، أمَّا الموكِّل: فقد باعه قطعاً من غير تعليقٍ.

ومنهم من قال: يصحُّ؛ لأنَّ هذا الشَّرْطَ من قضية العقد؛ لأنَّه لا يصحُّ أن يبيع منه إلاَّ أن يكونَ قَدْ أمره بعشرين، وما يقتضيه العَقْدُ لا يبطلُ العَقْد بذكره.

فإن لم يرفق الحاكمُ، أو امتنع الموكِّل من البيعِ ـ نُظِر: إنْ عَلِمَ الوكيلُ أنه أمَرَهُ بعَشَرَةٍ ـ: فلا يحلُّ للوكيلِ بيعُهَا ولا وطؤها، وإن عَلِمَ أنَّه أمره بعشرين ـ: فلا يحلُّ له وطؤها، ويجوزُ له بيعها واستيفاء حَقِّه من ثمنها؛ لأنَّ الجاريةَ في الباطِنِ للموكِّل، وللوكيلِ عليه الثَّمَنُ؛ فهو كَمَنْ له علىٰ رجُلٍ دَيْنٌ لا يؤدِّيه، فظفر بمال مِنْ أمواله: يجوز له بيعه، وأخْذُ حَقِّه منه.

وقال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: تكونُ الجاريةُ مِلْكاً للوكيل، ظاهراً وباطناً؛ على أنَّ الملك يقَعُ للوكيل عنده ابتداءً، ثم ينتقلُ إلى الموكِّل؛ فههنا: تعذَّر الانتقالُ، فبقي للوكيل، وبه قالَ بَعْضُ أصحابنا.

وقال أبو يُوسُفَ: إنْ تركَ الوكيلَ يخاصمُهُ الموكِّل ـ: فالجاريةُ له، وله وطؤها؛ وإلا فلا؛ لأنَّه لم يرضَ بتملُّكها.

أما إذا اشترى الوكيلُ[2] الجاريةَ في الذمَّة ـ نُظر: إن لم يَنْوِ للموكِّل ـ: وقع العقد للوكيل، ظاهراً وباطناً، وله وطؤها وبيعها، وإن تولى للموكِّل، واختلفا هكذا، وحلف الموكِّل ـ: بَقِيتِ الجاريةُ للوكيل[3]، ثم يُنْظَر: إن علم أن الموكِّل أمره بعشرةٍ: فالجارية للوكيل، ظاهراً وباطناً، وحَلَّ له وطؤها، وإن علم: أنه أمره بعشرين ـ: فكالصورة الأولىٰ؛ على ما ذكرنا، وكذلك: لو وكَّله بشراءِ جاريةٍ، فاشترى، ثم اختلفا، فقال الموكِّل: ما وكَّلْتُك، أو أمرتك بشراءِ غيرها ـ: فالقولُ قولُ الموكِّل، فإذا حلَفَ ـ: فهي[4] للوكيلِ ظاهراً؛ لما ذكرناه.

ولو ادَّعىٰ على رجلٍ أنّي وكَّلْتُكَ بَيْعَ كذا، فبعتَهُ وقبضْتَ الثمن؛ فادْفَعْ إليَّ، فأنكر

---

(١) في ظ: على شرط.
(٢) في أ: للوكيل.
(٣) في د: للموكل.
(٤) في ظ: فهو.

الوكالة ـ: فالقولُ قولُ المُنْكِرِ مع يمينه، ولو وكَّلَ رجُلاً ببيع شيءٍ مؤجَّلاً، وأذِنَ له في قبض الثمن عند حلول الأجل، أو أذن له في بيعه حالاً، وأذن له في تسليم المبيع قبل قبض الثمن، فاختلفا؛ فقال الوكيل: ٱستوفَيْتُ الثمن، وتَلِفَ في يدِي، أو دَفَعْتُهُ إليك، ويصدِّقه مَنْ عليه، وقال الموكِّل ما ٱستوفَيْتَهُ، أو وكَّله باستيفاءِ دَيْنٍ؛ فاختلفا هكذا ـ: فالقولُ قولُ الموكِّل مع يمينه؛ لأنَّ إنكاره لا يُوقِعُ الوكيلَ في غُرْمٍ؛ فإذا حلف أخذ حَقَّهُ مِمَّنْ عليه، ثم لا يرجع من عليه على الوكيلِ؛ لأنَّه مُقِرٌّ أنه مظلومٌ، وإن وكَّل ببيعه حالاً، أو مطلقاً، ولم يأذَنْ له في تسليم المَبيعِ قَبْلَ قبض الثمن؛ فاختلفا هكذا ـ: فالقول قولُ الوكيلِ مع يمينه؛ لأنَّ الموكِّل ينسبه إلى التعدِّي؛ فيوقعُهُ في غُرْمٍ بتسليمِ المَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ، فإذا حلف الوكيلُ ـ هل يقبلُ يمينه في حَقِّ المشتري؟ فيه وجهان:

أحدهما: يُقْبَلُ، ولا رجُوعَ للموكِّل عليه؛ لأنَّه حَلَفَ على أداء الثمن.

والثاني ـ وهو الأصحُّ ـ: لا يُقبَلُ؛ لأنَّ الأصْلَ عدَمُ الأداءِ، فيحلف الموكِّل؛ فيرجع عليه بالثَّمَن، وقبلنا يمينَ الوكيل في حقِّه لأمانته، فإذا حلف الوكيلُ، وحكمنا ببراءة ذمَّة المشتري، ثم وجد المشتري بالمَبِيعِ عَيْباً ـ: فهو بالخيارِ: إن شاء رَدَّ على الموكِّل، وإن شاء رَدَّ على الوكيل، فإنْ غرم الموكِّل ـ: لا يرجعُ على الوكيل؛ لأنَّه مُقِرٌّ أنه لم يأخُذْ شيئاً، وإن غرم الوكيل ـ: لا يرجعُ على الموكِّل، والقَوْلُ قولُ الموكِّل مع يمينه.

وإن خرج المَبِيعُ مستَحَقًّا يرجع المشتري بالثَّمنِ على الوكيل؛ لأنَّه دفَعَهُ إليه، ولا رجُوعَ للوكيلِ على الموكِّل، وإن حلف أنه دفَعَهُ إليه؛ لأنا قبلنا قَوْلَه في الابتداءِ، حتَّىٰ لا يضمن؛ فأمَّا أن يضْمَنَ الغَيْرُ فلا؛ ولكنْ له تحليفُ الموكِّل أنه لم يدفَعْ إليه، وإنْ كان الاختلافُ على عكسه [و] قال الموكِّل أخَذْتَ الثمن؛ فَسَلِّمْ إلَيَّ، وقال الوكيل: ما ٱستوفَيْتُهِ ـ نُظِر: إن كان هذا في دَيْنٍ أو ثمنِ مَبِيعٍ ـ كان مأذوناً في تسليمِ المَبِيعِ قبل قَبْضِ الثمن، أو كان الثمَنُ مؤجَّلاً، فله التسليمُ قبل قبضِ الثمن، والقولُ قولُ الوكيل مع يمينه، ولا رجُوعَ للموكِّل على المشتري؛ لأنَّه مُقِرٌّ أن وكيله أخذَهُ، وإنْ كان الثمنُ حَالاً، ولم يَكُن مَأذوناً في تسليم المبيع ـ: فالوكيلُ مُقِرٌّ بالتعدِّي، فبعدما حلف أنَّه لم يأْخُذِ الثمن: يغرَّمُ قيمةَ المَبِيعِ للموكِّل.

وَلو ٱتَّفَقَا على أنَّ الوكيلَ أَخَذَ الثَّمَنَ غَيْرَ أنَّ الوكيل يقولُ للموكِّل: دفعتُهُ إليك، أو تَلِفَ في يَدي، والموكِّل يقولُ: هو قائمٌ في يَدِكَ، أو أتلَفْتَهُ؛ فعليك الضمان ـ: فالقولُ قولُ الوكيل مع يمينه؛ لأنَّه أمينٌ.

ولو وكَّلَ وكيلاً ببيع شيءٍ بجُعْل معلوم؛ فباع، ثم ادَّعىٰ الموكِّل عليه خيانةً ـ: لا تسمع حتى يبيِّن قدر الخيانة؛ فإنْ قال: بِعْتَهُ بعشرةٍ، ولم تدفَعْ إلاَّ خمسةً؛ فَخُنْتَني في

خمسةٍ ـ: فالقولُ قولُ الوكيلِ مع يمينه، وعلى الموكِّل جُعْلُهُ؛ حتَّىٰ لو تلف جميع الثمن في يَدِ الوكيلِ: لا يسقُطُ جُعْلُهُ؛ بخلاف الصَّبَّاغِ: إذا تلف الثوبُ في يده بَعْدَما صبغه ـ تسقُطُ أجرته؛ لأنَّه يستحقُّ الأجرةَ بتسليم العَمَلِ، ولم يوجَدْ، والوكيل يستحقُّ بامتثالِ الأمْرِ، وقد امتثل.

ولو ادَّعىٰ على رجلٍ أني دفَعْتُ إليك مَتَاعاً لتبيعه، فبعته، فسَلِّم الثمن إليَّ، فأنكَرَ، فأقام المدَّعِي بيِّنَةً عليه، أو أقرَّ المدَعى عليه، وقال: بَلْ وكَّلْتَنِي، لكنَّه تَلِفَ في يدي، أو رددتُّهُ إليك ـ ينظر في إنكاره: فإن كانَ في الابتداءِ قال: لا يلزمُني شَيْءٌ بهذه الدعَوىٰ ـ: يقبَلُ قولُهُ في التَّلَفِ والردِّ، لأنَّ الأمانةَ إذا هلكَتْ في يده أو رَدَّهَا: لا يلزَمُهُ شيءٌ؛ فهو في إنكاره صادقٌ، وإنْ قال في إنكاره: ما وكلتني بشيءٍ؛ أو ما دفعْتَ إليَّ شيئاً، ثم أقرّ، أو قامت عليه بيّنة، فادَّعَىٰ أنه كان قد رَدَّ أو تَلِفَ في يده ـ: لا يُقْبَلُ قوله؛ لأنَّ إنكاره الأوَّل يكذِّبه في الرَّدِّ والتَّلَفِ؛ لأنَّ قضيَّةَ قوله: «مَا دَفَعْتَ إليَّ شيئاً»: أنه لم يَتْلَفْ لَكَ عندي شَيء، وما رَدَدتُّ إليك شيئاً، فيلزمه الضمانُ، واللَّهُ أعلمُ.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الإِقْرَارِ[1]

قَالَ اللَّهُ تَعَالَىٰ: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا، كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥].

وشهادة الرجُل على نَفْسِهِ تكونُ إقراراً.

---

(١) الإقرار لُغَةً: إفعال، من قرَّ الشيء: إذا ثبت يقر من باب ضرب وعلم وثبت وسكن، وأقره من مكانه: أثبته بعد أن كان مُزَلْزلاً، وأقرَّ له بحقّه: أذْعَن واعترف، إذاً، فالإقرار إثبات لما كان متزلزلاً بين الإقرار والجحود.

ينظر: الصحاح (٢/ ٧٨٨)، لسان العرب (٥/ ٣٥٨٢)، أنيس الفقهاء ص (٢٤٣).

واصطلاحاً:

عرفه الشَّافعية بأنه: إخبار بحقٍّ على المقر.

عرفه المالكية بأنه: خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه، أو لفظ نائبه.

عرفه الحنفية بأنه: إِخبار بحق لآخر، لا إثبات له عليه.

عرفه الحنابلة بأنه: إظهار مكلّف مختار ما عليه بلفظ أو كتابة، أو إشارة أخرس، أو على موكله، أو موليه، أو مورثه بما يمكن صدقه.

حاشية الباجوري (٢/ ٢)، الخرشي (٦/ ٨٦ ـ ٨٧)، الدرر (٢/ ٣٥٧)، منتهى الإرادات (٢/ ٦٨٤).

ومَحَاسِنُ الإقرار كثيرة منها ما يأتي:

أ ـ إِسْقاطُ واجب النَّاس عن ذِمَّتِهِ، وقطع ألسنتهم عن مَذَمَّتِهِ.

ب ـ إيصال الحَقِّ إلى صاحبه، وتبليغ المكتوب إلى كاسبه، فكان فيه إنفاع صاحب الحقّ، وإرضاء خالق الخَلْق.

جـ ـ إحماد النَّاس المُقرّ بصدق القول، ووصفهم إيَّاه بوفاء العَهْدِ، وإنالة النول.

د ـ حُسْنُ المُعاملة بينه وبين غيره.

وقَالَ النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ لأُنَيْسٍ الأَسْلَمِيِّ: «اغْدُ، يَا أُنَيْسُ، عَلَى امْرَأَةِ هَذَا؛ فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا»[(١)].

ففي الكتابِ والسُّنَّة دليلٌ على قَبُولِ إقرارِ الإنسانِ على نَفْسِهِ، ثُمَّ مَنْ كان مكلَّفاً مطلقاً ـ: يصحُّ إقراره على الإطلاق، وغيرُ المكلَّفِ: لا يُقْبَلُ إقرارُهُ على الإطلاقِ، وهو الصبيُّ والمجنونُ، فأمَّا المكلَّفُ المحجورُ عليه ـ: يُقْبَلُ إقرارُهُ في بعضِ الأشياءِ؛ كالمحجورِ عَلَيْهِ بالسَّفَهِ: يقبل إقرارُهُ في العقوباتِ والنكاحِ والطلاقِ، ولايُقْبَلُ في المالِ، والعَبْدِ يُقْبَلُ إقرارُهُ في العقوبات والطلاقِ، ويُقْبَلُ في الأموالِ متعلِّقاً بذمَّته، حتى يعتق، وَإِنْ أَقَرَّ بِدَيْنِ جناية، وصَدَّقَهُ المَوْلىٰ ـ: يتعلَّق برقبتِهِ، يباع فيه، وهذه الفصولُ مذكورةٌ في مواضعها.

ويصحُّ الإقرارُ مُجْملاً ومفصَّلاً.

فإن قال: لفلانٍ عَلَيَّ شَيْءٌ ـ يرجعُ في التفسيرِ إليه؛ فإنْ فسَّرَهُ بأَقَلِّ ما يتموَّلُ مِنْ دَانِقٍ[(٢)] أو فَلْسٍ أو تَمْرَةٍ، حيثُ يكونُ لها قيمةٌ ـ: يُقْبَلُ منه، فإنِ ادَّعَى المُقَرُّ له أنَّه أرادَ غَيْرَ هذا، أو أكثر مِنْ هذا ـ: لا يسمَعُ حتَّىٰ يُبَيِّنَ قَدْرَهُ وجنْسَهُ؛ فإن بَيَّن قدراً وقال: إنه أرادَ بإقرارِهِ كذا، ولِي عليه كَذَا ـ: فالقولُ قولُ المُقِرِّ مع يمينه، ثُمَّ إن كان يَدَّعِي جنْسَ ما فسَّرَهُ؛ فإنْ فسَّره المُقِرُّ بدرهمٍ، فقال: لي عليه عَشَرَةُ دراهِمَ، وأراد هُوَ بإقراره: عَشَرَةً ـ: يَحْلِفُ أنه ما أراد إلاَّ درهماً، ولا يلزمُهُ أكثَرُ مِنْهُ، يجمعُ بينهما؛ فإن نكَلَ ـ: حَلَفَ المُقَرُّ له على استحقاقِ ما يدَّعِيهِ، ولا يَحْلِفُ عَلَىٰ أنَّه أراد باللفْظِ هذا؛ لأنَّه لا يَطَّلِعُ على ما في ضميره؛ بخلاف ما لو مَاتَ المُقِرُّ: قام وارثُهُ مقامَهُ في التفسير، فإذا فسَّره بأَقَلِّ ما يتموَّلُ، وادَّعى المُقَرُّ له أَكْثَرَ ـ: حَلَفَ الوارثُ أنَّ مورِّثه ما أراد أكثر مِنْ هذا؛ لأنَّه خليفَةُ المورِّث، وقد يَطَّلِعُ مِنْ مورِّثه علىٰ ما لا يطَّلِعُ عليه غَيْرُهُ.

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٨٢٢)، كتاب الحدود: باب ما جاء في الرجم، حديث (٦)؛ والبخاري (١٢/ ١٨٥) كتاب الحدود، باب الإمام يأمر رجلاً فيضرب الحد غائباً، حديث (٦٨٥٩، ٦٨٦٠)؛ ومسلم (٣/ ١٣٢٤)، كتاب الحدود: باب من اعترف على نفسه بالزنى، حديث (٢٥/ ١٦٩٧، ١٦٩٨)؛ وأبو داود (٢/ ٥٥٨)، كتاب الحدود باب المرأة التي أمر النبي برجمها من جهينة حديث (٤٤٤٥)؛ والنسائي (٨/ ٢٤٠ ـ ٢٤١)، كتاب آداب القضاء: باب صون النساء عن مجلس الحكم، حديث (٥٤١١)؛ والترمذي (٤/ ٣٩ ـ ٤٠)، كتاب الحدود: باب ما جاء في الرجم على الثيب، حديث (١٤٣٣)؛ وابن ماجه (٢/ ٨٥٢)، كتاب الحدود: باب حد الزنا، حديث (٢٥٤٩)؛ وأحمد (٤/ ١١٥ ـ ١١٦)؛ والدارمي (٢/ ٩٨)، كتاب الحدود؛ وعبد الرزاق (١٣٣٠٩، ١٣٣١٠)؛ والحميدي (٨١١)؛ وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٨١١)؛ والطحاوي في «مشكل الآثار» (١/ ٢١ ـ ٢٢)؛ والبيهقي (١٠/ ٢٧٤ ـ ٢٧٥) كلهم من طريق الزهري عن عبيد الله عن أبي هريرة وزيد بن خالد به. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(٢) هو سدس الدرهم، المعجم الوسيط (دنق) ١/ ٢٩٨.

قال الشيخُ ـ رحمة الله عليه ـ: وهذا بخلاف ما لَوْ أوصَىٰ لإنسانٍ بشَيءٍ غَيْرِ معلومٍ، وبيَّنَهُ الوارثُ، فادعى الموصَىٰ له أكثَرَ مِنْ ذلك ـ: يحلفُ الوراث أنِّي لا أعلَمُ أنَّكَ تَستحقُّ أكثَرَ مِنْ هذا، ولا يحلفُ علَىٰ مَا أراده[1] المورِّث؛ لأنَّ الإقرار إخْبَارٌ عن كائنٍ معلومٍ؛ فجاز أن يطَّلع عليه الوارثُ، والوصيَّةُ إنشاءُ أمْرٍ على الجهالة؛ فكان بيانُهُ إلى الوارثِ.

وإنْ كان المُقَرُّ له يَدَّعِي غَيْرَ جنسِ ما فسَّرَه به[2] مِثْلُ: إن فسَّر بدرهمٍ، وهو يدعي ديناراً، أو ثوباً ـ نُظِرَ: إن كان[3] يصدِّقه في تفسير الدرهمِ ـ: فالدرهمُ يلزمُهُ، وهو يدَّعي الدينار، أو الثوْبَ: يحلف المدعَىٰ عليه عَلَىٰ نَفْيه، وإن قال: لَيْسَ لي عليكَ دِرْهَمٌ؛ بل علَيْكَ دينارٌ ـ: يرتدُّ الدرهمُ بردِّهِ، ثم يُنْظَرُ: إن صدَّقه أنَّه أراد بالشيءِ الدرهمَ ـ: حَلَفَ على نَفْيِ الدينار، وإن قال: أردت بالشيءِ الدينارِ ـ: يحلف يميناً واحدةً أنه لا يلزمُهُ الدينار، وأنَّه ما أراد بالشَّيءِ الدينارَ، وإن آمْتَنَعَ المُقِرُّ من تفسيره ـ: يُحْبَسُ حتى يفسِّرَ؛ كما لو فسَّره، وآمتنع من الأداءِ ـ: يُحْبَسُ حتى يُؤَدِّيَ.

وقيل: آمتناعُهُ من التفسيرِ إنْكَارٌ لما يدَّعيه المُقَرُّ له؛ فيعرضُ عليه اليمينِ: فإنْ لم يفسِّرْ ـ فهو نُكُولٌ؛ يحلفُ المُقَرُّ له؛ ويأخذ ما يدَّعيه.

وإنْ فسَّرَهُ بما لا يتموَّل ـ نُظِرَ: إن كان مِنْ جنْسِ ما يتموَّل مِنْ زَبِيبَةٍ أو حَبَّاتِ حِنْطَةٍ، أو تَمْرَةٍ، حيثُ لا يكونُ لها قيمةٌ، أو قمع باذنجانة ـ: فالمذهَبُ: أنه يُقْبَلُ؛ لأنَّه حَرَامٌ أَخْذُهُ واجبٌ رَدُّهُ، وإنْ لم يكُنْ من جنسِ ما يتموَّل من كَلْبِ صيدٍ أو جلدِ مَيْتَةٍ غَيْرِ مدبوغٍ أو خَمْرٍ أو خنزيرٍ، أو سَرْقِينٍ[4] ـ: فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يُقْبَلُ؛ لأنَّ ظاهر[5] إقرارِهِ للمالِ، وهذه الأشياءُ ليست بمالٍ.

والثاني: يُقْبَلُ؛ لأنَّ آسْمَ الشَّيْءِ يقع علَى هذه الأشياءِ.

والثالثُ ـ وهُو الأصَحُّ ـ: إنْ فسَّرَهُ بما يجوزُ آقتناؤه من كَلْبِ صيدٍ أو جلْدِ ميتةٍ أو سِرْقِين ـ: يُقْبَلُ؛ لأنَّه يجبُ ردُّهُ، وإن فسَّره بخمرٍ، أو خنزيرٍ، أو كَلْبٍ غير مُعَلَّم[6]، أو جِلْدِ كَلْبٍ ـ: لا يُقْبَلُ؛ لأنَّه لا يجبُ تسليمُهُ، ولو فَسَّرَهُ بوديعةٍ ـ: يُقْبَلُ؛ لأنَّ عليه ردَّهَا إذا طُولِبَ بها، ولو فَسَّرَهُ بعبادةٍ أو رَدِّ سَلاَمٍ ـ: لا يُقْبَلُ، وإنْ قال: لفلانٍ عَلَيَّ حَقٌّ، ثم فسَّره به ـ: يقبَلُ.

---

(١) في ظ: إرادة.

(٢) في أ: بل.

(٣) في أ: لم.

(٤) هو الزِّبل ويطلق عليه السِّرْجين (١/ ٤٢٥)، (١/ ٤٢٨) وهو معرب.

(٥) في أ: الظاهر.

(٦) في أ: معلوم.

ولو قال: لفلانٍ عندي شَيْءٌ، ثم فسَّره بحبَّةِ حنطةٍ، أو قمع باذنجانةٍ ـ: يُقْبَلُ، ولو فسَّره بِكَلْبٍ أو خنزيرٍ أو خَمْرٍ ـ: يقبل؛ لأنَّه مما عنْدَه، وقد نَصَّ[1] الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ على أنه لو قَالَ: غَصَبْتُ مِنْ فلانٍ شيئاً، ثم فسَّره بخمرٍ أو خِنْزِيرٍ ـ: يُسْمَعُ، ولو قال: عَلَىٰ مالٍ، ثم فسَّره بجلْدِ ميتةٍ، أو كلبٍ معلَّمٍ ـ: لا يقبل؛ لأنه ليس بمالٍ.

ولو ادَّعىٰ رجُلٌ على رجلٍ أنه أقَرَّ له بشيءٍ، ولم يبيِّن ـ: لا تُسْمَعُ الدعَوىٰ مجهولةً إلاَّ في الوصيَّة؛ إذا ادعَىٰ أنَّ فلاناً أوصَىٰ له بشيءٍ، ولم يبيِّنْ ـ: تُسْمَعُ، وإذا شَهِدَ عليه الشهودُ كذلك ـ: يُسْمَعُ.

وإذا ادَّعَىٰ مالاً معلوماً، فشهد شاهدانِ عَلَىٰ إقراره أنَّ عليه شيئاً، أو قالا: نَعْلَمُ أنَّ عليه مَالاً، ولا نعلَمُ قَدْرَهُ ـ: هل يُسْمَعُ؟ فيه وجهان.

أحدهما: يُسْمَعُ، ويُرْجَعُ في التفسير إلى المَشْهُودِ عليه؛ كما في الإقرار.

والثاني: لا يُسْمَعُ؛ لأنَّ البيِّنَةَ سُمِّيَتْ بيِّنَةً؛ لأنَّها تُبيِّنُ، فإذا لم تُبيِّنْ لا تُسْمَعُ.

ولو قال: لفلانٍ عَلَيَّ مَالٌ، أو قال: مَالٌ عظيمٌ أو كبيرٌ أو جليلٌ [أو] خَطِيرٌ أو نَفِيسٌ، أو قال: صغيرٌ أو حقيرٌ، ففسَّرَهُ بأقَلَّ ما يتموَّل ـ: يُقْبَلُ؛ لأنَّه عظيمُ الوَزْنِ عَلَىٰ مَنْ غَصَبَهُ، ويكفَّر مستحلُّه، وهو حَقِيرٌ مِنْ حيثُ إنَّ الناسَ يستَحْقِرُونَهُ لِقِلَّتِهِ.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إذا قال: مالٌ عظيم ـ: عليه عشرةُ دراهم.

وعند أبي يُوسُفَ: مِائَتَا درْهَمٍ، وفي الجليلِ والنفيسِ والخَطِيرِ اتفاقٌ ـ: أنَّه لو فسَّره بأقلِّ ما يتموَّل ـ: يقبل؛ فنقيسُ عليه.

ولو قال: لفلانٍ عَلَيَّ دَرْهَمٌ ـ: يلزمُه، درهمٌ بوزنِ الإسلامِ ستَّةَ دَوَانِيقَ، ولو قال: دِرْهَمٌ عظيمٌ أو كبيرٌ ـ: لا يلزمه أكثَرُ مِنْ ذلك.

وقد قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ: أصْلُ ما أبنى عليه الإقْرَارَ: أنِّي لا ألْزَمُ إلاَّ اليَقِينَ، وأَطْرَحُ الشَّكَّ، ولا أستعمل الغلبة[2].

ولو قال: لفلانٍ عَلَيَّ دراهمُ ـ: فأقَلُّ ما يلزمُهُ ثلاثةُ دراهَم؛ لأنَّه لا يحتمل أقلَّ من ذلك، ولو قال: دراهمُ كثيرةٌ أو عظيمةٌ ـ: لا يلزمه أكثرُ مِنْ ذلك.

ولو قال: لفلانٍ عليَّ أكثَرُ مِنْ مالِ فلانٍ، ثم فَسَّره بأقَلِّ ما يتموَّل ـ: يُقْبَلُ، وإنْ كان لفلانٍ مَالٌ كثيرٌ، لأنَّه يريد به: أنَّ ماله عليَّ حلالٌ، ومَالُ فلانٍ حَرَامٌ، أو: هذا دَيْنٌ لا يَرِدُ

---

(١) في أ: قال وقد نص.

(٢) ينظر الروضة (٤/ ٢٩).

عليه الهلاكُ، وذلكَ عَيْنٌ، يَرِدُ عليها الهلاكُ.

ولو قال: لفلانٍ عليَّ من الدراهم أكثرُ ممَّا في يد فلان من الدَّراهم، فإنْ كَانَ فِي يَدِ فلانٍ عشرةُ دراهمَ ـ: يلزمه عشرةُ دراهمَ وزيادةُ شيءٍ، وإنْ لم يَكُنْ في يد فلانٍ شَيْءٌ ـ: يلزمه أقَلُّ ما يقع عليه اَسْمُ المالِ من الدراهم.

ولو قال: لفلانٍ عَلَيَّ من الدراهم أكثرُ ممَّا في يدِ فُلانٍ من الدراهم ـ: فإنْ كانَ في يدِ فلانٍ عشرة دراهم يلزمه عشرة دراهم وزيادة شيء، وإنْ لم يَكُنْ في يد فلانٍ شيء ـ: يلزمه أقلُّ ما يقع عليه اَسْمُ المالِ من الدراهم.

ولو قال لفلان عليَّ أكثرُ ممَّا في يد فلاَنٍ من الدراهم لا يلزمه من جنس الدراهم؛ بل يلزمُهُ بذلِكَ العَدَدُ مِنْ أيِّ جنسٍ شاءَ، وزيادةٌ بأقَلّ مما[1] يتموَّل، فإنْ لم يكُنْ في يده شيءٌ ـ: يلزمه أقلُّ ما يقع عليه اسْمُ المالِ، ولو قال: لهذا عَلَيَّ أكثَرُ ممَّا لفلانٍ عَلَيَّ ـ: نُظِرَ: إن ثبَتَ لفلانٍ عليه شَيْءٌ بإقرارِهِ أو ببيِّنةٍ ـ: فعليه ذلكَ القَدْرُ وزيادةُ شَيءٍ، وإن لم يثْبُتْ لفلانٍ عليه شَيْءٌ.

وإن شَهِدَ الشهودُ، ولم يَقْضِ القاضي ـ: يجبُ عليه أقَلُّ ما يتموَّل.

ولو قال: لفلانٍ عَلَيَّ ما بَيْنَ درهمٍ وعَشرَةٍ، أو ما بَيْنَ درهمٍ إلىٰ عَشرةٍ ـ: يلزمُهُ ثمانيةٌ؛ حكاه ابْنُ الحَدَّاد نصًّا؛ وكذلك: لو قال ما بين عَشَرةٍ وعشرين ـ: يجبُ تسعة.

ولو قال: مِنْ درهمٍ إلى عَشرةٍ ـ: ففيه أوجه:

أصحُّهما: يلزمُهُ عَشَرةٌ، ويدخل الطرفَانِ فيه، وكذلك: في الإبراءِ أو الضمانِ؛ وبه قالَ أبو يُوسُفَ ومحمَّد.

والثَّاني: يلزمُهُ تسعةٌ يدخل فيه الطرفُ الأوَّل، وهو قولُ أبي حنيفة ـ رحْمةُ اللَّهِ عليه ـ.

والثالثُ: لا يدخُلُ فيه الطرفانِ؛ فيلزمُهُ ثمانيةٌ؛ وبه قال زُفَر؛ كقوله: بين درهم وعشَرةٍ.

ولو قال: لفلانٍ عَليَّ ألفٌ ـ: يرجع في البيانِ إليه؛ فبأيِّ جنسٍ فسَّرَهُ مِنَ المالِ ـ: يُقْبَلُ، وإنْ فسَّره بأجناسٍ مختلفة ـ: يقبل؛ لأنَّ اللفظ يحتملُ الجميع.

وكذلك: لو قال: لفلانٍ عَلَيَّ ألفٌ دِرْهمٌ؛ بتنوين الألفِ ـ: يلزمُهُ أن يفسِّر الألفَ بما شاء، قيمتُهُ درهمٌ، أي: الألفُ قيمتها درْهَمٌ، ولو قال: لفلانٍ عَليَّ ألفٌ دِرْهَمٌ ـ: فالألفُ

---

(١) سقط من ظ.

مجملةٌ؛ فسَّرها بما شاءَ من أَلْفِ جَوْزَةٍ[(١)] أو حَبَّةٍ، ويلزمه معها درهمٌ؛ لأنَّ الدرهم مفسَّر؛ وكذلك: لو قال: أَلْفٌ وثوبٌ، أو أَلْفٌ وعَبْدٌ ـ: لا يتفسَّر الأَلْفُ بما عُطِفَ عليه.

وقال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إن كان المعطوفُ منْ ذوات الأمثال ـ: يتفسَّر به الألفُ؛ كقوله: [ألف درهم][(٢)] ودِرهمٌ ـ: يكون الكلُّ دراهمَ، وإنْ قال: أَلْفٌ وثوبٌ ـ: لا يتفسَّر به؛ فنقيس عليه.

ولو قال: له عَلَيَّ نِصْفٌ ودرهمٌ[(٣)] ـ: فالنصْفُ مجملٌ؛ يفسِّره بما شاء، والدرهم مفسرٌ.

ولو قال: عَشَرةُ دراهمَ ونصْفٌ، أو دِرْهمٌ ونصفٌ ـ: فالمذهبُ: أنَّ الكُلَّ دراهمُ.

ولو قال: خمسَةٌ وعشرونَ درهماً ـ: فالمذهبُ: أن الكلَّ دراهمُ؛ لأنَّ الدراهم ـ ههنا ـ لا تلزمه به زيادةُ شيءٍ؛ بل هو تفسيرٌ لبعض ما سبق؛ فكان تفسيراً للكلِّ؛ كما لو قال: خمسةَ عَشَر درهماً: يكونُ الكلُّ دراهم.

وقال الإصطخريُّ: الخمسةُ مجملَةٌ، والعشرون مفسرَةٌ للعطف؛ كقوله: أَلْفٌ ودرهمٌ؛ بخلاف قوله: خمسةَ عشرَ درهماً؛ لأنهما اسمان جُعِلاَ اُسماً واحداً، وعقبا بتفسيرٍ، ولا عَطْفَ فيه، وكذلك: لو قال: أَلْفٌ وثلاثَةُ أثْوَابٍ، أو أَلْفٌ وخَمْسُونَ درهماً، أو عَشَرَةٌ ونصْفُ دِرْهَمٍ ـ: فالمذهبُ: أن الكلَّ ثيابٌ ودراهمُ.

وعند الإِصْطَخْرِيِّ: الأَلْفُ والعَشَرَةُ مجملَةٌ. والأوَّل المَذْهَبُ.

وهذا بخلافِ ما لَوْ قَالَ: أَلْفٌ إلاَّ خمسينَ درهماً ـ: تكون الألفُ[(٤)] مجملةً، والاستثناءُ مفسَّرٌ بالدراهم؛ لأنَّه في الإثباتِ عطف جملة على جملةٍ، ثم عقبهما بالتفسير؛ فكانَ راجعاً إلى الكُلِّ، والاستثناءُ لَيْسَ بعطف، فلم يرجعْ تفسيرُهُ إلى الكلِّ؛ بل رجع إلى مجرَّد الاستثناء.

فَصْلٌ في الاسْتِثْنَاءِ

يصحُّ الاستثناءُ في الإِقْرَارِ، ويلزمُ ما يبقَىٰ بعد الاستثناء؛ فإذا قال: لفلانٍ عَلَيَّ عشرةُ دراهَمٌ إِلاَّ خَمْسَةً، أو «غَيْرَ» أو «سِوَىٰ» خمسةٍ ـ: لا يلزمُهُ إِلاَّ خمسةٌ؛ فالاستثناءُ مع

---

(١) ضَرْبٌ من العنب ليس بكبير ولكنه يصفر جداً إذا أينع. ينظر: المعجم الوسيط (١/١٤٧).

(٢) سقط من ظ.

(٣) في ظ نصف درهم.

(٤) في ظ: الكل.

المستثنىٰ منه أحدُ ٱسْمَيِ الباقِي، فإذا كان لرجُلٍ عليه خمسةٌ، فتارةً يقول له: عَلَيَّ خمسةٌ، وتارة يقول: عَشَرَةٌ إلاَّ خمسةً.

ولو قال: لِفُلَانٍ عَلَيَّ دَرْهمٌ غَيْرُ دانقٍ ـ: يلزمُهُ خمسة دوانيقَ، سواءٌ نصب «غَيْر» أو رَفَعَ أو خَفَضَ، ومقتضى النَّحْوِ: أن ينصب في الاستثناءِ، فإنْ رفع يلزمُهُ دِرْهَمٌ؛ فيكون معناه: عَلَيَّ درهمٍ لا دانقٍ؛ وبه أفتىٰ بعْضُ أصحابنا، والصحيح: لا يفصَّل[1] في الحُكْمِ؛ لأنَّ ظاهِرَهُ لِلاستثناء، وإنْ أخطأ في الإعراب.

ويشترطُ أنْ يَكُونَ الاستثناء موصولاً بالإقرارِ، فإنْ أقرَّ ثم سكت طويلاً، أو احتفل بشيءٍ آخر، ثم ٱستثنى ـ: لا يصح الاستثناء، ويلزمه ما أقرَّ به.

والاستثناءُ مِن الإثباتِ نَفْيٌ، ومن النفيِ إثباتٌ؛ لأنَّه: لو لم يكُنْ مخالفاً للمستثنىٰ منه ـ: ما كان استثناءً.

وإذَا قال: لفلانٍ عليَّ عَشَرَةُ دراهمَ إلاَّ تسعةً إلاَّ ثمانيةً ـ: يلزمُهُ تسعةٌ؛ كأنَّه قال: عَشَرَةٌ تلزُمني إلاَّ تسعةً لا تلزمني؛ فيبقَىٰ درهمٌ، ثم قال: إلاَّ ثمانيةً تلزِمني؛ فيكونُ مع الدراهمِ التي نَفَىٰ: تسعاً.

ولو بدأ بالنفْيِ ـ نُظِرَ: إن قال: لَيْسَ لفلانٍ عليَّ شيْءٌ إلاَّ خمسةَ دراهمَ ـ: يلزمه خمسةٌ؛ كأنه يخبر عن فراغ ذمَّته إلاَّ عن خمسةٍ.

ولو قال: لَيْسَ لفلانٍ عَلَيَّ عشرةٌ إلاَّ خمسةً ـ: لا يلزمُهُ شيء؛ لأنَّ الاستثناء مع المستثنىٰ منه أحَدُ ٱسْمَيِ الباقي، والباقي نَفْيٌ.

ولا يصحُّ الاستثناءُ إذا لم يُبْقِ من المستثنى منْهُ شيئاً، فلو قال: لفلانٍ عَلَيَّ عشرةٌ إلاَّ عَشَرَةً ـ: لا يَصِحُّ، ويلزمُهُ العَشَرَةُ.

ولو قال: عَشَرَةٌ إلاَّ خمسةً إلاَّ عشَرَةً، أو: عَشَرَةٌ إلاَّ خمسةً إلاَّ خَمْسَةً ـ: لا يصحُّ الاستثناءُ الثَّاني، ويلزمُهُ خمسة.

ولو قال: عَشَرَةٌ إلاَّ عشرةً إلاَّ ثلاثةً ـ: فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: عليه عَشَرَةٌ، والاستثناءان باطلانِ؛ لأنَّ الأوَّلَ: لَمَّا لم يصحَّ، فالثاني[2] يترتَّب عليه في البطلان.

---

(١) في أ: ألا يفصل.

(٢) في أ: والثاني.

والثاني: عَلَيْهِ ثلاثةٌ، ويصحُّ الاستثناءُ؛ لأنَّ ٱستثناء العَشَرَةِ مِنَ العَشَرَةِ إنَّما لا يصحُّ إذا وقف عليها، فأما إذا رَدَّ شيئاً من الأَصْلِ يصحُّ.

والثالث: عليه سبعةٌ؛ لأنَّ الاستثناء الأوَّل لَغْوٌ، والثَّاني يقع عن الأَصْلِ؛ فكأنه قَالَ: عشرةٌ إلا ثلاثةً، ولو قال: عشرة إلا عشرةً إلا خمسةً، فعلىٰ هذا الوجْهِ الأوَّل: يلزمُهُ عشرة، وعلى الوجهَيْنِ الآخرين: يلزمه خمسة.

ولو قال: عشرةٌ إلاَّ خمسةً، وإلاَّ أربعةً، فهما ٱستثناءان؛ عُطِفَ أحدُهُمَا على الآخَرِ؛ فيصحَّانِ؛ كأنه قال: عَشَرَةٌ إلاَّ تسعَةً؛ فيلزمُهُ درهمٌ.

ولو قال: عشرةٌ إلاَّ خمسةً وإلا خمسة ـ: ففيه وجهانِ:

أحدهما: عليه عشرةٌ، وبطل الاستثناءان؛ كأنَّهُ قال: عشرة إلاَّ عشرةً.

والثاني ـ وهُوَ الأصح ـ: عليه خمسةٌ، وصَحَّ الأوَّل دون الثاني.

ولو ذكر في الاستثناء أو في المستثنىٰ منه عَدَداً، وعطف البَعْضَ على البَعْضِ بـ «الواو»، فهلْ يُجْمَعُ؟ فيه وجهان؛ مِثْلُ: إنْ قال: لفلانٍ عَلَيَّ دِرْهَمٌ ودرهمٌ ودِرْهَمٌ إلاَّ درهماً.

أحدُهُما: يجمعُ؛ فيصيرُ كأنه قال: ثلاثةُ دراهم إلاَّ درهماً؛ فيلزمه درهمانِ.

والثاني ـ وهو المذهبُ ـ: لا يجمعُ؛ فيلزمُهُ ثلاثُ دراهمَ؛ كأنَّه ٱستثنىٰ واحداً من واحدٍ.

ولو قَالَ: لفلانٍ عَلَيَّ ثلاثَةُ دراهمَ إلاَّ اثنين وواحداً؛ فإنْ قلنا: يجمع ـ: يلزمُهُ الثلاثُ؛ كأنه ٱستثنى الثلاث من الثلاثِ؛ فلا يصحُّ.

وإنْ قلنا: لا يجمعُ؛ فيصحُّ ٱستثناء الاثنين، ولا يصحُّ ٱستثناءُ الواحد، فيلزمُهُ درهم.

ولو قال: هذا القميصُ لفلانٍ إلاَّ كُمَّيه: كان إقراراً بالقميص، دون الكُمَّيْنِ.

ويصحُّ الاستثناءُ مِنْ غير الجنس، فلو قال: عليَّ ألْفُ دِرْهَمٍ إلاَّ ثَوْباً ـ: يجب أن يبيِّن ثوباً إن حُطَّتْ قيمته عن الألْفِ ـ: يبقىٰ من الألف شيءٌ، وإن قَلَّ.

وقال أبو حنيفةَ ـ رحمة الله عليه ـ: لا يصحُّ الاستثناءُ مِنْ غير الجنسِ إلاَّ في المَكِيلِ والموزُونِ.

وعند أبي يوسُف ومُحَمَّد: لا يصحُّ أصلاً.

ويصحُّ ٱستثناءُ المُجملِ من المُجْمَلِ، والمُجْمَلِ من المفسَّرِ، والمُفَسَّرِ من المجملِ؛ كما يَصِحُّ ٱستثناءُ المُفَسَّر من المفسَّر.

فالمجمَلُ من المجملِ: أنْ يقول: لفلانٍ عَلَيَّ ألفٌ إلا شيئاً ـ: يجب أنْ يفسِّر الألفَ، ثم يفسِّر الشَّيْءَ بتفسيرٍ لا يستغرقُ الألفَ المفسَّرَةَ؛ فإنْ فسَّرَ بتفسيرٍ يستغرقُ الألفَ ـ: كان لَغواً، وهلْ له أَنْ يفسِّرَهُ ثانياً أَمْ يلزمُهُ الألفُ؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: له أن يفسِّر ثانياً.

والثاني: لَغَا الاستثناء، وعليه جميعُ الألفِ.

وكذلكَ: لو قالَ: لفلانٍ عليَّ شيءٌ [إلاَّ شيئاً][1] ـ: يجبُ أن يفسِّرهما كما ذكرنا.

واستثناءُ المجمل من المفسَّرِ: أن يقول: لفلانٍ علَيَّ عشرةُ دراهمَ إلاَّ شيئاً ـ: يجبُ أن يفسِّر الشَّيءَ بتفسيرٍ لو حُطَّ عن العشرة يبقىٰ لفلانٍ منها شيءٌ.

واستثناءُ المفسَّرِ من المُجْمَلِ: أن يقول ـ: لفلانٍ علَيَّ شيءٌ إلاَّ عشرةَ دراهمَ ـ: يجبُ أن يفسِّر الشيءَ بتفسيرٍ لو حُطَّ عنه العشرةُ يبقَىٰ شيء، وإن قَلَّ.

ولو قال: لِفُلَانٍ عليَّ أَلْفٌ إلاَّ درهماً ـ: لا يتفسَّرُ الألْف بالدرهمِ، بَلْ يتفسَّر الألفُ بما شاء [بحيث][2] لو حُطَّ عنه الدرهم يبقَىٰ شيء.

ولو قال: هؤلاءِ العبيدُ لفلانٍ إلاَّ واحداً ـ: فالتعيينُ إلَيْهِ، فلو ماتَ العبيدُ كلُّهم إلاَّ واحداً، فقال المُقِرُّ: هذا هو المستثنىٰ ـ: قُبِلَ قوله.

ولو قال: هذه الدارُ لفلانٍ إلاَّ هذا البَيْتَ ـ: صحَّ، ولم يَدْخُلِ البيْتَ في الإقرارِ؛ وكذلك: لو قال: هذه الدارُ لفلانٍ، وهذا البيتُ لي ـ: يُقْبَلُ؛ لأنه إخراجُ بَعْضٍ ما دَخَلَ في الإقرارِ بلفظٍ مُتَّصِلٍ به؛ كما لو استثنىٰ.

فَصْلٌ فيما يُحْمَلُ عَلَيْهِ الإِقْرَارُ

إذا قال: لفلانٍ عليَّ كذا ـ: فهو كما لو قال: شَيء، ولو قالَ: كَذا كذا ـ: فهو كقوله: شيء شيء، فإذا فسَّره بأقَلّ ما يتموَّل ـ: يُقْبلُ، ويحملُ في العادة على التكرارِ.

ولو قال: كذا وكذا ـ: فهو كقوله: شيء وشيء، وشيء وشيء ـ: يجب أنْ يفسّر بشيئين، كلُّ واحد أقلُّ ما يتموَّل، ويجوزُ أن يكونا مختلفين.

ولو قال: كذا درهماً، أو: كذا كذا دِرْهماً ـ: يجب عليه درهمٌ، سواءٌ نصَبَ أو خفَضَ أو رفَعَ.

---

(١) سقط من ظ.

(٢) سقط من ظ.

ولو قال: كذا وكذا دِرْهماً ـ: نَقَلَ المُزَنِيُّ على قولَيْن:

أحدُهُمَا: يلزمُهُ درهمان.

قال: وقال في موضع آخَر: قيل [له][1] أعْطِهِ درهماً أو أكْثَرَ. وفي بعض النسخ: دِرْهماً وأكثر، فاختلف أصحابنا فيه.

منهم مَنْ جَعَلَ عَلىٰ قولين:

أصحُهما: يلزمه درهمان؛ لأنَّه أقرَّ بجملتين مبهمتَيْن، ثم فسَّرهما بالدِّرْهَمِ، فالظَّاهِر: أنه تفسيرٌ لكلِّ واحدةٍ منهما.

والثاني: لا يلزمُهُ إلاَّ درهمٌ؛ لأنَّه لا يجوز[2] أَنْ يكُونَ الدِّرْهَمُ تفسيراً لهما؛ فيكون قد أراد بكُلِّ واحدٍ منهما نصْفَ درهم، وما زاد عَلَىٰ ذلك شَكٌّ؛ فلا يلزم، أو معناه: وكذا يَبْلُغُ درهماً، وقيل: يلزمُهُ درهم وشيء.

وذَهَبَ أَبُو إسحَاقَ وجماعةٌ: إلىٰ أنَّ المسألة على اختلاف حالَيْن؛ حيثُ قال: يلزمُهُ درهمان، صُورَتُهُ: أنْ يقولَ: كذا وكذا درهماً بالنَّصْبِ؛ فيكون تفسيراً لكلِّ واحدةٍ من الجملتين، وحيث قال: يلزمه درهمٌ، صورته: أن يَقُولَ: كذا وكذا دِرْهَمٌ بالرفع؛ كأنه أخبر أنَّ كذا الذي أقرَّ به؛ دِرْهَمٌ.

ولو قال: كذا وكذا وكذا درهَمٌ ـ: فعلى القَوْلِ الأوَلِ: يلزمُهُ ثلاثةُ دراهمَ، وعلى الثاني: درهم واحد.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إذا قال: كَذا كذا درهماً ـ: عليه أحد عَشَرَ درهماً؛ لأنه أولُ اسمَيْنِ جُعِلا اسماً واحداً، ونُصِب ما بعدهما تَفْسيراً.

وإذا قال: كذا وكذا دِرْهماً ـ: قال: يلزمُهُ أحدٌ وعشرون درهماً؛ لأنه أول اسمَيْن عُطفَ أحدهما على الآخَرِ، ونُصبَ ما بعدهما تفسيراً.

قلْنا: مبنَى الإقرارِ علىٰ أنْ يؤخَذَ باليقيْنِ، ويُطْرَحَ الشكُّ؛ إذ الأصْلُ براءَةُ ذمَّة المُقِرِّ، واليقينُ: ما قلنا؛ كما لو قال: كذا درهمٍ بالخفضِ ـ: لا يلزمه إلاَّ درهمٌ، ولا يقالُ: يلزمه مائةٌ؛ لأنه أولُ اسْمٍ خفض ما بعده تفسيراً.

فَصْـلٌ

إذا قال: لفلانٍ عَليَّ ألفُ درهمٍ، ثم قال: هي نَقْصٌ، أي: دراهمُ ناقصةٌ؛ مثلُ: دراهمِ طَبَرِيَّة الشام؛ يكون كلُّ درهم أربعةَ دوانيقَ ـ نُظر: إنْ كان في بلدٍ وزنُهُ وزَنُ الإسلام؛

(١) سقط من ظ.

(٢) في أ: لا يجوز.

فإن ذكره مفصولاً ـ: لا يقبل، وعليه وزْنُ البلد؛ لأنَّ الدرهم اسمٌ للتَّامِّ، فإذا فسَّره بالناقص ـ: لا يقبل؛ كما إذا أقرَّ بعشرة، ثم قال: أردتُّ: «إلاَّ خمسةً» ـ: لا يقبل، وإن ذكره موصولاً.

قال ٱبْن خَيرانَ: فيه قولانِ؛ بناءً على تبعيضِ الإقرار.

والصحيح: أنَّه يقبلُ؛ كما في الاستثناءِ؛ فكأنه ٱستثنَىٰ مِنْ كلِّ درهم دَانِقَيْنِ.

وإنْ كان في بَلَدٍ وزنُهُ ناقصٌ: فإنْ ذكره موصولاً يقبل[1]، وإن فصله فعلىٰ وجهين:

أحدُهُما: لا يقبَلُ، ويحمل مطلَقُ إقرارِهِ على وَزْنِ الإسلامِ؛ كما أنَّ نُصُب الزكاة لا تختلف بالبلاد.

والثَّاني: يقبلُ، ويحمل على مطلقِ إقرارِهِ على نقدِ البلد؛ كما في المعاملات.

وإنْ كان ببلدٍ وزنُهُ أكثَرُ من وزن الإسلام؛ مِثْلُ غَزْنَة ـ: فمطلق إقراره ينصرفُ إلى وزنِ الإسلامِ، أمْ إلى نَقْدِ البلد؟ فيه وجهان: فإنْ قُلْنا: ينصرفُ إلى نقدِ البلد، فقال: عَنَيْتُ وزْنَ الإسلام ـ: لا يقبل مفصولاً، وهل يقبل موصولاً؟ فعلى الطريقَيْنِ؛ الأصح: أنه يقبل؛ كالاستثناء، وإنْ[2] قال: لَهُ عليَّ درهمٌ ـ: فهو كما لو قال: درهمٌ، وإذا فسَّرهُ بناقصٍ ـ: لا يقبلُ، ولو قال: درهم كبيرٌ، فإن كان ببلدٍ وزنُه وزنُ مكَّة ـ: يلزمُهُ وزنُ مكَّة؛ وكذلك: ببلد طَبَرِيَّة مكَّة.

[قال] الشيخُ ـ رحمه الله ـ: وإنْ كان بغَزْنَةَ، فنقد البلد.

ولو[3] قال: درهمٌ صغيرٌ: فإن كان بطبريَّة ـ: يلزمه نقدُ البلد، وإن كان ببلد وَزْنُهُ وزنُ مكَّة ـ: عليه وزن مكَّة.

قال ـ رضي الله عنه ـ: وكذلك إنْ كان بغَزْنَةَ.

ولو قال: له عَلَيَّ أَلْفُ درهمٍ، ثم قال: هي زيُوفٌ: فإن أراد رداءةَ الجوهرِ مِنْ نُحَاسٍ أوْ نَحْوِهِ ممَّا لاَ فِضَّةَ فيه ـ: لم يقبلْ فيه مفصولاً، فإنْ وَصَلَهُ ـ: فعلَىٰ قَوْلَيْ تبعيضِ الإقرارِ، فإذا[2] أراد دراهمَ مغشوشةً ـ: فهو كما لو قال: نقصٌ؛ فإنْ كانَ نَقْدُ البَلدِ كذلك ـ: يقبل موصولاً، وإنْ فصل: فعلى الاختلاف، وإن لم يَكُنْ نقد البلد مغشوشاً ـ: لا يُقْبَلُ مفصولاً، وإن وصل فوجهان:

---

(١) في أ: لا يقبل.

(٢) في أ: فإن.

(٣) في أ: فلو.

الأصحُّ: يُقَبْلُ.

ولو قال: له عليَّ ألْفُ درهمٍ، ثم قال: مِنْ سكَّة كذا نصَّ على أنَّه يُقْبَلُ، سواءٌ كان من أدنى الدراهم، أو مِنْ أوسطها[1]، جائزةً كانَتْ في تلكَ البلد، أو لم تكُنْ؛ كما لو قال: عليَّ ثوبٌ ـ: فسَّرَهُ بأيِّ ثوبٍ شاءَ، وإن كان لا يلبسه أهلُ ذلِكَ البَلدِ.

وقال المُزَنِيُّ: يجبُ بسكَّة البلدِ؛ كما لو باع شيئاً بدراهم ـ: ينصرفُ إلى نَقْدِ البلد؛ كما لو قال: هي نقْصٌ، ونقد البلد وازنة لا يصدق ـ: قلنا في السِّكة: لا يرفعُ شيئاً فما أقرَّ به في النَّقْصِ ـ يرفَعُ بعْضَ ما أقرَّ به؛ فلم يقبل، وفي البيعِ: حملنا على نقد البلد؛ تنزيهاً له عن الجهالةِ، وتيسيراً لأمر المعاملة على الناس، والإقرارُ: إخبارٌ عما سبق وجوبُهُ؛ فكان المرجعُ فيه إلىٰ إرادته.

ولو قال: [له][2] عليَّ مائةُ درهمٍ عدداً ـ: يلزمُهُ مائةُ درهمٍ صحاحٌ، وزنها مائة.

ولا يشترطُ أن يكُونَ كلُّ درهم ستةَ دوانيق؛ وكذا في البيع، ولا يؤخَذُ مائةٌ عدداً، وهي في الوزنِ ناقصةٌ؛ لأنَّ قوله: «مائةُ درهمٍ» ـ يقتضي الوزن، وقوله: «عدداً» ـ يقتضي زيادةً، وهي أن تكونَ صِحاحاً عدداً، هـذا إذا كان نَقْدُ البلد وازنة، فإن كان دراهمُ البلد ناقصاً أو كان عدداً؛ كالعَلَويِّ بمكَّة ـ: يلزمه نقد البلد؛ هذا هو المذهَبُ.

ولو قال: مائة عدد من الدراهم ـ: يقتضي العدد لا الوازنة.

فَصْـــلٌ

إذا أقرَّ بحَقٍّ، ثم وصل به ما يغيِّرُ مقتضى اللَّفْظِ ـ لا يخلو: إمَّا إنْ كان يرفع أصْلهُ أو لا يرفَعُهُ: فإن كان يرفَعُهُ ـ نُظر: إن كان مستحيلاً في النَّظْم؛ مثل: أن يقولَ: لفلانٍ عليَّ ألْفٌ لا، أو: ألف لا يلزمني دفعها ـ: لا يسقط به إقرارُه، وعليه الألْفُ؛ فكذلك ـ: لو قال: لفلانٍ عليَّ ألْفٌ إلا ألفاً تامَّة إلا الألف، وإن كان لا يستحيل في النَّظْم؛ مثل: إن قال: لفلانٍ عليَّ ألْفٌ مِنْ ثمن خَمْرٍ أو خنزيرٍ ـ نُظِرَ: إن فَصَلَ قوله: «مِنْ ثَمَنِ خمرٍ أو خنزيرٍ» عن قوله ـ: عَليَّ ألْفٌ ـ: لا يقبلُ، وعليه الألْفُ، وإنْ قاله موصولاً ـ: ففيه قولان:

أحدهما ـ وهو اختيار المُزنِّي ـ: لا يُبَعَّضَ الإقرار، ولا يلزمُهُ شيء؛ لأنَّ الكُلَّ كلامٌ واحدٌ لا ينفصلُ بعضُهُ عن بعضٍ، ولِلْمُقرِّ له تحليفُ المُقِرِّ: أنه كان مِنْ ثمن خمر.

والقول الثاني: يبعَّض الإقرار؛ لأنه أقَرَّ بالألف، ثم وصل به ما يرفعُهُ؛ فلا يُقبل؛ كما

---

(١) في ظ: وسطها.

(٢) سقط من ظ.

لو قال: [عليّ] ألفٌ إلاّ ألفاً؛ وبه قال أبو حنيفة.

فإن قال: كان ذلك مِنْ ثمن خمرٍ ظننته لازماً، فأقررْتُ ـ: فلهُ تحليفُ المُقَرّ له؛ وكذلك: لو قال: عَلَيَّ ألفٌ بسبب بَيْعٍ فاسدٍ؛ مثل بيعٍ بأجلٍ مجهول ـ: فعلى قولين.

وإنْ قدَّم ذكْرَ الخمر، وقال: لفلانٍ مِنْ ثمن الخمرِ عَلَيَّ ألفٌ لا يلزمه شيءٌ قولاً واحداً.

وكذلك: لو قال: لفلانٍ عليَّ ألفٌ قضيتُها، أو: أبرَأني، أو: مِنْ ثمنِ مبيعٍ هَلَكَ قَبْلَ القبضِ ـ: ففيه قولان:

فإنْ قلنا: لا يبعَّض ـ: لا يلزمه شيء.

وإن قلنا: يبعَّض ـ: يلزمُهُ، ويحلف المُقَرُّ له أنَّه لم يقبض، ولم يَبْرَأْ.

وقيل: إذا قال: عليَّ ألفٌ قضيتها ـ: لا يقبل قولاً واحداً؛ كما لو قال: ألفٌ لا.

ولو قال: تكفَّلْتُ ببدنِ فلانٍ بشَرْطِ الخيارِ، أو ضَمِنْتُ لفلانٍ ألفاً بشرط الخيار ـ: هل يلزمُهُ الكفالَةُ والضَّمانُ؟ فعلى هذَيْن القولين:

أحدهما: لا يلزمُ؛ لأنَّ الكفالة والضمان بشَرط الخيارِ لا تصحّ.

والثاني: يلزمُ، والقولُ قولُ المُقَرّ له: أنه لم يكنْ بشرطِ الخيارِ، وإنْ وصل به مالاً يرفع أصله؛ مِثْلُ إنْ قال: لفلانٍ عليَّ ألفُ درهمٍ مؤجَّلاً إلى وقْتٍ كذا ـ: هل يقبلُ قولُهُ في الأجَل؟ نُظِر: إن قاله مفصولاً ـ: لا يُقْبَلُ، وإن قال موصولاً ـ: ففيه طريقان:

من أصحابنا مَنْ قال: على قولين؛ كما لو قال: مِنْ ثمن خمرٍ.

ومنهم مَنْ قال ـ وهو الأصح ـ: يُقْبَلُ قولاً واحداً؛ لأنَّ التأجيل لا يُسْقِطُ الحقَّ؛ بل يؤخِّره.

وإذا قال: مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ؛ يريدُ إسقاط ما أقَرَّ به ـ: فلا يقبل.

وعند أبي حنيفة: لا يُقْبلُ قولُهُ في الأصْلِ.

ولو قال: لفلانٍ عليَّ ألفٌ مِنْ ثَمَنِ عبدٍ لم أقبضْهُ ـ: هل يُقْبَلُ قولُهُ: أنَّه مِنْ ثَمَنِ عبدٍ لم يقبضه؟

قيل: هو عَلَىٰ قولَيْ تبعيضِ الإقرارِ.

والمذهَبُ: أنَّه يقبلُ قولاً واحداً؛ خلافاً لأبي حنيفة، حتَّى لو قال: لفلانٍ عليَّ ألفٌ مِنْ ثمنِ عبدٍ، ثم قال بعده مفصولاً: لم أقبض العَبْدَ ـ: يقبل قوله.

أما إذا قال: لفلانٍ عليَّ ألفٌ، وسكَتَ، ثم بعده قال: هي مِنْ ثَمَنِ عبدٍ ـ: لا يقبَلُ، وعليه الألفُ، ولو قدّم ذِكر الشراء، فقال: اشتريْتُ من فلان عبداً بألفٍ، إنْ سلّم سلمت ـ: يُقبل قولاً واحداً.

ولو قال الرجلُ: بعتُكَ هذا العَبْدَ أمْسِ بألفٍ، فلم يقبَلْ، فقال: كنْتُ قد قبِلْتُ؛ أو قال لعبده: أعتقتُكَ على ألفٍ، فلم يقبل، فقال: قد قبلْتُ، أو لامرأته: خالعتُكَ أمْسِ بألفٍ فلم تَقْبَلْ، فقالت: قد قَبِلْتُ ـ: فعلى قولَيْ تبعيضِ الإقرار.

وإنْ قلنا: يبعّضُ ـ: فالقولُ قولُ المشتري والعبد والمرأة في القبول.

وإنْ قلنا: لا يبعَّض ـ: يصدق في الكُلِّ.

فَصْــلٌ

إذا قال: لفلانٍ عليَّ درهمٌ، ثم قال بعده، في ذلك المجلسِ، أو في مجلس آخر: له عَلَيَّ درهمٌ ـ: لا يجبُ إلاَّ درهمٌ واحدٌ.

ولو أقَرَّ له يومَ السبتِ بعَشَرةٍ، ثم أقَرَّ يومَ الأحدِ بخمسةٍ، أو أقَرَّ أوَّلاً بالخمسة، ثم بالعشَرَةِ ـ: لا يجبُ عليه إلاَّ عَشَرةٌ، ويدخل الأقلُّ في الأكثر.

وكذلك: لو كتب صَكًّا لإنسانٍ عليه بألفٍ، وأشهد عليه، ثم كتب صَكًّا آخر بمثْلِهِ، وأشهد عليه آخرين ـ: فهي ألفٌ واحدة.

وقال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إذا كَتَبَ صكَّيْن ـ: عليه ألفانِ، وفي الإقرار: قال: إذا اختلفَ المجلسُ يتكرر.

فنقول: إقراران اتَّفَقَ لفظهما؛ فيكونانِ بمالٍ واحدٍ؛ كما لو اتَّحدَ المجلسُ، أمَّا إذا اختلف الجنْسُ والوصفُ أو السبَبُ ـ: فيلزمه كلاهما؛ مثْلُ: إنْ قال: لفلانٍ عليَّ ألفٌ من ثمنِ عبدٍ، ثم قال: له عليَّ ألفٌ مِنْ ثمن دارٍ، أو قال: له عليَّ ألفٌ صحاحٌ، ثم قال: له عليَّ ألفٌ مكسَّرةٌ، أو قال: استوفَيْتُ مِنْ فلانٍ يَوْمَ السبتِ عَشَرةً، ثم قال: استوفَيْتُ يومَ الأحدِ خمسةً ـ: يلزمه كلاهُمَا؛ وكذلك: لو أقرَّ يوْمَ السبتِ: أنه طلَّق امرأتَهُ طلقةً واحدةً، وأقرَّ يوم الأحَدِ: أنه طلقها طلقتين ـ: فهما طلقتان.

أما إذا أضاف الطلاقَ إلى الوَقْتِ، وقال: طلَّقتها يوم السَّبتِ طلقةً، ثم قال: طلقتُهَا يوْمَ الأحدِ طلقتين ـ: فهي ثلاث طلقات.

فَصْــلٌ

إذا قالَ: لفلانٍ عليَّ درهمٌ ـ: لا يلزمُهُ إلاَّ درهمٌ، وإن تكرَّر عشراً.

ولو قال: درهمٌ ودرهمٌ ودرهمٌ ـ: يجبُ عليه درهمانِ، ثم إنْ أراد بالثالث ٱستثناءً وإقراراً ـ: يلزمه ثلاثُ دراهمَ، وإنْ أرادَ تكْرَار الثاني ـ: لا يلزمه إلاَّ درهمانِ، وإنْ أراد بالثالثِ تكرارَ الأوَّل ـ: لا يقبلُ، وعليه ثلاثُ دراهم؛ فإن أطلق: فيحمل على التكرارِ، حتَّى لا يلزمه إلاَّ درهمان؟ أم: يحملُ على الاستئنافِ؛ فيلزمه ثلاثُ دراهمَ قولاً واحداً بخلاف الطلاقِ؛ لأنَّ الطلاقَ يدخُلُه التأكيدُ، فيقال: طَلَّقْتُ طلاقاً فحمل التكرار فيه على التأكيدِ، والإقرارُ لا يدخله التأكيدُ؛ فحمل على العدد.

ولو قالَ: درهمٌ ثُمَّ درهمٌ ـ: يلزمه درهمان؛ كقوله: درهمٌ ودرهمٌ، ولو قال: درهمٌ فدرهمٌ ـ نصَّ على أنه يلزمُهُ دراهمُ، ونصَّ في الطلاقِ: أنه إذا قال: أَنْتِ طالقٌ فطالقٌ ـ: يقع طلقتان، قال ابن خيران: فيهما قولان:

منهم من فرق بينهم على ظاهر النصِّ، فقال في الطلاق: يقع طلقتان؛ لأن الطلاقَ لا يدخلُهُ التفصيلُ، والدراهمُ يدخلها التفصيلُ، فيجوز أن يريد به: فدرهمٌ خَيْرٌ منه، ولو قال: درهمٌ ودرهمٌ، بل درهمٌ ـ: يجبُ ثلاثُ دراهمَ للمغايرة بين الألفاظ.

ولو قال: له عليَّ درهمٌ قَبْلَ درهمٍ، أو قبله درهمٌ، أو بعده درهمٌ ـ: يلزمه درهمانِ؛ لأنَّ «قبل» و «بعد» تستعملانِ في التقديمِ في الوجهَيْنِ.

ولو قال: درهمٌ قبله درهمٌ، وبعده درهمٌ ـ: يلزمُهُ ثلاثُ دراهم.

ولو قال: درهمٌ فَوْق درهمٍ، أو فوقَهُ درهمٌ، أو تَحْتَ درهمٍ، أو تحته درهَمٌ ـ: لا يجبُ إلاَّ درهمٌ؛ لأنَّه يريد فوق درهمٍ في الجودةِ، أو تَحْتَهُ في الرداءةِ، ويريد الإخبار عن واجبٍ؛ فيلزمه درهمان.

ولو قال: درهمٌ مع درهمٍ، أو معه درهمٌ، أو علىٰ درهمٍ ـ: لا يلزمه إلاَّ درهمٌ؛ لأنَّه يريد مع درهمٍ، أو علىٰ درهمٍ لي.

وقيل: في جميعِ هذه الألفاظِ قولان:

أحدهما: عليه درهمان.

والثاني: درهمٌ واحدٌ.

والمذهب: الأول.

ولو قال: درهمٌ مع دينارٍ، أو معه دينارٌ ـ: لا يلزمُهُ إلاَّ درهمٌ؛ لأنَّه يريد: مع دينارٍ لي.

ولو قال: لفلانٍ عليَّ درهمٌ بل درهمٌ، أو درهمٌ لا بَلْ درهمٌ، لكن درهم ـ: لا يلزمُهُ إلاَّ درهم.

ولو قال: درهمٌ بلْ درهمانِ، أو قال: درهمانِ لا بَلْ درهمٌ ـ: يلزمه درهمان ـ: فلو قال: درهمٌ لا بَلْ درهمانِ، أو درهمٌ لا بل قفيزُ حنطةٍ ـ: يلزمه كلاهما؛ لأنَّ قولَهُ: «بل دينارٌ» رجوعٌ عن الإقرار بالدرهم وإقرارٌ بالدينار والحنطةِ؛ فلا يصحُّ رجوعه، ويلزمه ما أقرَّ به؛ بخلافِ قوله: «درهمٌ لا بَلْ درهمانِ»؛ لا يلزمه ثلاثةٌ؛ لأنَّه ليس برجوعٍ عن الدرهمِ الأوَّل، بل الدرهمُ الأوَّلُ داخلٌ في الدرهمين، وقصده إلحاقُ الزيادة به.

ولو قال: عليَّ درهمٌ فقفيز حنطة ـ: فالمنصوص ـ وهو المذهب ـ: لا يجبُ إلاَّ درهمٌ، معناه: قفيزُ حنطةٍ خيرٌ منه.

وقيل: يلزمُهُ كلاهما؛ كما ذكرنا في قوله: درهمٌ فدرهمٌ.

ولو قال: عليَّ درهمٌ في دينارٍ ـ: لا يلزمُهُ إلاَّ دِرْهَمٌ؛ لأنَّه يريدُ: في دينارٍ لي، إلاَّ أن يريد: درهمٌ ودينارٌ ـ: يلزمُهُ كلاهما.

ولو قال: درهمٌ في عَشَرةٍ، فإنْ أراد الحِسابَ ـ: يلزمُهُ عشرةٌ؛ لأنَّ ضرب الواحِد في عشرةٍ: عشرةٌ، وإنْ أراد الظَّرْفَ، أو أطْلَق ـ: لا يلزمه إلاَّ درهمٌ.

ولو قال: لَهُ عليَّ دينارٌ، أو عشرةُ دراهم ـ: لا يلزمه كلاهما، ويبيِّن أيَّهما شاء.

ولو قال: لفلان عليَّ عشرةٌ أوَّلاً ـ: لا يلزمُهُ شيءٌ؛ بخلاف ما لو قال: «عشرةٌ بدلاً» يلزمه العشرة؛ لأنَّ الأوَّل: شكٌّ، والأصل فراغُ ذمَّته، والثاني: رجوعٌ بعد الإقرارِ؛ فلا يقبل.

ولو قال: لفلانٍ في هذا العَبْدِ ألفُ درهمٍ، أو قال: مِنْ هذا العبدِ ألْفُ درهمٍ ـ: سُئل؛ فإن قال: عَنَيْتُ به أنَّه مرهونٌ عنده بألفٍ، أو جنى عليه هذا العَبْدُ جنايةً، أرشُها ألْفٌ، تعلَّق برقبته ـ: يقبل، ويُباعُ في الجنايةِ، إن لم يَفْدِهِ السيِّد.

وإن قال: أردتُ أنَّه أقرضَنِي ألْفاً مِنْ ثمنه ـ: يقبل، ويكونُ الألف في ذمَّة المُقِرِّ، وإنْ قال: أردتُ أنَّه أوصىٰ له بألفٍ مِنْ ثمنه ـ: قُبِلَ، وبيعَ ودُفِعَ إليه ألْفٌ من ثمنه، فإنْ أراد أنْ يَدْفَعَ إليه ألفاً مِنْ ماله ـ: لم يَجُزْ؛ لأن حقَّهُ تعيَّن في ثمنه بالوصيَّة.

ولو قال: أردتُ أنه أدَّى في ثمنه ألْفاً ـ: قيل له: أنتَ هل أدَّيْتَ شيئاً؟ فإن قال: لا ـ: فالعبدُ كلُّه للمُقَرِّ له، وإنْ قال: أنا أدَّيْتُ ـ أيضاً ـ ألفاً ـ: فالعبدُ بينهما نصفانِ، وإن قال: أنا أدَّيْتُ ألْفَيْنِ ـ: سُئِلَ عن كيفيَّة الشراءِ؟ فإن قال: اشتَرَيْنَاهُ صفقةً واحدةً بثلاثةِ آلافٍ ـ: فالعبدُ بينهما أثلاثاً: ثلثاه للمقِرِّ، وثلثه للمُقَرِّ له؛ سواءٌ كانت قيمتُهُ ثلاثةَ آلافٍ أو أقَلَّ.

وقال مالكٌ ـ رحمة الله عليه ـ: إنْ كان قيمتُهُ ألْفَيْن ـ: فالعبدُ بينهما نصفان، ولا يُقْبلُ قوله: أنه أدَّىٰ ألفين في ثمنه.

ولو قال: أنا أدَّيْتُ ألفاً في ثلثيه، وهو أدَّى في ثلثه، أو في رُبُعِهِ ـ: يُقْبَلُ؛ لأنَّه يحتملُ أنَّهما اشترياه في صفقتَيْنِ.

ولو قال: أردتُ أنه وَهَبَ لي ألفاً؛ حتَّىٰ اشتريتُهُ، وقال المُقَرُّ له: بل كان قَرْضاً ـ: فالقولُ قولُ المُقَرِّ له مع يمينِهِ.

ولو قال: دَفَعَ إليَّ ألفاً حتَّى أشتري له العبدَ؛ فإن صدَّقه المُقَرُّ له فالعبدُ له، وإن كذَّبه فالعبد للمُقِرِّ، وعليه ما أخَذَ من المُقَرِّ له.

ولو قال: له دِرهَمٌ في هذا الدينار ـ: فهو كما لو قال: ألفٌ في هذا العبد، ولو قال: هذه الدَّارُ لفلانٍ هبةَ عاريَّةٍ، أو هبةَ سُكْنَىٰ ـ: فهو إقرارٌ بالعاريَّة؛ له أن يرجع مَتَىٰ شاء.

فَصْـلٌ

إذا قال: لفلانٍ عندي، أو معي كذا ـ: فهو للأمانة؛ حتى لو ادَّعىٰ بعده أنها كانَتْ وديعةً تَلِفَتْ في يدي، أو رددتُّهَا ـ: يقبل قولُهُ مع يمينه.

ولو قال: لفلانٍ عليَّ، أو قِبَلي ألفٌ ـ: فهو دَيْنٌ؛ فلو ادَّعى بعده أنَّها كانَتْ وديعةً تلفَتْ في يدي، أو رددتُّها ـ: لا يقبَلُ، ولو قال موصولاً: لفلانٍ عليَّ ألفُ درهمٍ وديعةٍ ـ: يُقبل؛ فإن أتىٰ بها لا يلزمُهُ شيء آخر؛ ولقوله «عليَّ» معنيان:

أحدهما: على التخلية بينها وبين المالك متىٰ طلب.

والثاني: لعلَّه تعدَّىٰ فيها؛ فصار ضامناً؛ فلو لم يأت بها، وادَّعى تلفاً، أو رَدّاً ـ: هل يقبَلُ؟ فيه وجهان، بناءً على المعنيَيْنِ ـ: إن قلْنا بالأوَّل ـ: يقبَلُ؛ وهو الأصحُّ، وإن قلنا بالثاني ـ: لا يقبل.

ولو قال: لفلانٍ عليّ ألفٌ، ثم أتىٰ بألفٍ، وقال: أردتُ هذه الألْفَ، وكانَتْ وديعةً عندي، وقال المُقَرُّ له: هذه كانَتْ وديعةً عندك، ولي عَلَيْكَ ألفٌ أخرَى، وأنْتَ أردتَّ بإقرارِكَ مِلْكَ الألفِ ـ: ففيه وجهان:

[الأول]: القولُ قولُ المُقِرِّ مع يمينِهِ؛ لأنَّ الوديعةَ يجِبُ عليه التخليةُ بينها وبين المالك إذَا طولب.

والثاني: القولُ قولُ المُقرِّ له؛ لأنَّ «عَلَيَّ» إخبارٌ عن حقٍّ واجبٍ عليه؛ فلا يقبل تفسيره بالوديعة.

فإنْ قال: عليَّ ألفٌ في ذمَّتي، ثم أتىٰ بألفٍ، وقال: أردتُ هذهِ، وكانَتْ وديعةً، وقال

المُقَرُّ له: بَلْ هي دَيْنٌ في ذِمَّتِكَ ـ: فالقولُ قول المُقَرِّ له مع يمينه؛ لأن العَيْنَ لا تثبت في الذمَّة.

ولو قال: لفلانٍ عندي ألْفُ درهمٍ مضاربةً دَيْناً أو وديعةً دَيْناً ـ يكون مضموناً عليه لا يقبل قولُهُ في الردِّ والتَّلَفِ، فإنْ قال: أردتُ أنه أودَعَنِي أو ضاربَنِي تلْكَ الألْفَ بشرط أنْ تكُونَ مضمونة علَيَّ ـ: لا يُقْبَلُ قوله، ولو وصله باللفظِ، وقال: لفلانٍ عندي ألْفُ درهمٍ وديعةً دَيْناً، دفع إليّ بشَرْط الضمانِ ـ: هل يقبل؟ فعلى قولَيْ تبعيض الإقرار.

ولو قال: لفلانٍ عندي ألْفُ درهمٍ عاريَّةً ـ: كانت مضمونةً؛ لأنَّ إعارةَ الدراهمِ فاسدةٌ، وفاسد العارية وصحيحُها سواءٌ في الضمان.

ولو قال: دفَعَ إليَّ ألفاً، ثم فسَّرَهُ بوديعةٍ، وقال: تَلِفَ في يدي ـ: يُقبل.

وقال أبو حنيفةَ: إذا قال: أَخَذْتُ مِنْ فلانٍ ألفاً، ثم فسَّرَهُ بوديعةٍ، وقال صاحبه: بل غَصَبْتَهُ ـ: فالقَوْلُ قَوْلُ المُقرِّ له؛ وَبِهِ قَالَ الشيخُ القَفَّال؛ لأنَّ الأَخْذَ ربَّما لا يكونُ برضاً، بخلافِ الدَّفْعِ.

ولو وصل باللَّفظِ، وقال: أَخَذْتُ مِنْ فلانٍ ألفاً وديعةً؛ عند أبي حنيفة ـ: لا يقبَلُ.

[و] على قولِ الشيخِ القَفَّال: يكونُ علَىٰ قولَيْ تبعيضِ الإقرارِ.

ولو قال: هذا الثوْبُ كانَتْ وديعةً لي عند فلانٍ، فَرَدَّهُ علَيَّ، أو قال: كُنْتُ أَعَرْتُهُ مِنْهُ، فردَّهُ عَلَيَّ، وقال فلانٌ: بل هو لي ـ: فالقولُ قولُ المأخوذِ مِنْهُ مع يمينه؛ لأنَّ المُقِرَّ يقر له باليد، ويدَّعي لنفسه العاريَّةَ والوديعةَ؛ فلا يقبَلُ قولُهُ، وهو قولُ أبي يوسف.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ في الوديعة: هو لفلانٍ، وفي العارية: القولُ قولُ المُقِرِّ.

ولو قال: لفلانٍ في ميراثِ أبي، أو مِنْ ميراثِ أبي ألْف درهمٍ ـ: فهو إقرارٌ على الأبِ بالألفِ، يُقْضى من تركته، ولو أضاف إلى نفسه، فقال: لفلانٍ في ميراثي من أبي، أو مِنْ ميراثي مِنْ أبي ألْفَ درهمٍ، لا يكونُ إقراراً، بل يكُونُ وعْدَ هِبَةٍ لا يتمُّ إلاَّ بشرائطها، إلاَّأنه يريد إقراراً بخلاف ما لو أضافَ إلى الميراثِ، ولم يضف إلىٰ نفسه ـ: كان إقراراً؛ لأنَّه أضاف إلى التركةِ، ولا يحتمل الْهِبَةَ من التركة، ولا يبْقىٰ بعد انتقال التركةِ عن الميِّت إلاَّ الدَّيْنُ أو الحقُّ الواجبُ؛ فحمل عليه.

وإذا أضافَ إلى نفسه، فقد يكونُ في ماله الواجبُ والتبرُّع، وكذلك، لو قال: لفلان في هذا المالِ ألْفٌ، أو: في هذا الدار بَيْتٌ، أو: مِنْ هذا الدارِ نصْفُهَا ـ: فلا يكونُ إقراراً إلاَّ

أنْ يريدَ إقراراً؛ لأنَّ ماله لا يصيرُ لغيْره بإقراره، حتَّى لو قال: دَارِي لفلانٍ ـ: لا يكون إقراراً.

ولو قال: مَسْكني هذا لفلانٍ ـ: لا يكونُ إقراراً؛ لأنَّه أضافَ إلى نَفْسِهِ السُّكْنىٰ، وقد يسكُنُ مِلْك الغير، هذا إذا لم يَدْخُلْ في كلامه «عليَّ»، وإن دَخَلَ في كلامه «علَيَّ» فقال: عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهمٍ مِنْ مالِي، أو في هذا المالِ، أو في دَرَاهمي، أو في هذه الدراهم أو في ميراثي من أبي، أو في ميراث أبي، أو في هذا الكِيس ـ: يلزمه؛ لأن «عَلَيَّ» للإلزام، ذكره «صاحب التلخيص» في كتابه؛ لأنَّه لو اقتصر على قوله: «عليّ أَلْفُ درهمٍ» لزمه، فإذا أضاف بعده إلى نوع من أنواع مالِهِ ـ: كان تأكيداً، وهذا إذا أضاف إلى الكِيس، وكان في الكِيس أَلْفُ درهمٍ فأكثر؛ فإن كان في الكِيسِ أَقَلُّ من ألفِ درهمٍ ـ: قال الشيخ أبو زَيْد: لا يلزمُهُ غيرُ ما في الكِيس.

وقال الشيخُ القَفَّال: يلزمُهُ الألفُ؛ لأنه أقرَّ بها، فبالإضافة إلى الكيس: لا يسقُطُ؛ ألا ترىٰ أنه لو لم يكُنْ في الكيس شيء ـ: لزمه الألف.

ولو قال: له عليَّ أَلْفُ درهمٍ التي في هذا الكيسِ، فخرِّج فيه وجهان:

أحدهما: لزمَهُ الألف، وإنْ لم يكُنْ فيه شيء.

والثاني: لا يلزمُهُ إلاّ أنْ يكونَ فيه شيء؛ فلزمه ذلك القدر.

قال الشيخُ أبو عليٍّ: وهذا بناء علىٰ ما لو حَلَفَ، ليشربَنَّ الماء [في] هذا الكوز، ولم يكُنْ فيه ماءٌ، هل يحنث؟ فيه قولان، ثم أستثنىٰ صاحبُ «التلخيص» مِنْ هذا الأصل مسألةً، وهي: أنه إذا قال: له علَيَّ أَلْفُ درهمٍ في هذه السلعةِ ـ وسئل المُقَرُّ له، فلم يوجبِ الألفَ، ورجَعَ علىٰ قائِلِهِ فيما أراد ـ: قال أصحابُنا: وهذا الاستثناءُ لا يصحُّ، بل إذا قال بلفظ «عليّ» ـ يلزمُهُ الألف؛ لأنَّ قوله «عليّ» إقرارٌ؛ فلا يتغيَّرُ بالإضافة إلى السِّلْعَةِ، والشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ إنَّما رجع إليه فيما إذا قال: لفلانٍ في هذه السلعةِ أَلْفُ درهمٍ، ولم ينقل ما ذكرنا.

فَصْــلٌ

الإقرارُ بالظَّرْفِ لا يكونُ إقراراً بالمَظْرُوفِ؛ وكذلك: الإقرار بالمظروفِ لا يكونُ إقراراً بالظرفِ.

إذا قال: لفلانٍ عندي ثوبٌ في منديلٍ، أو تَمْرٌ في جراب ـ: فهو إقرارٌ بالثوب والتمرِ؛ لا يكون إقراراً بالمنديل والجِرابِ.

ولو قال: لفلانٍ عندي جرابٌ فيه تَمْرٌ، أو كُوزٌ فيه لبن ـ: فهو إقرار بالجِراب والكُوزِ، ولا يكونُ إقراراً باللبن والتمر.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إنْ كان ذلك ممَّا يجُوزُ في الظَّرْفِ غالباً كالتَّمْرِ في الجِرابِ، واللبنِ في الإناءِ ـ: يكون إقراراً بهما، وكذلك: لو قال: سَيْفٌ في غِمْدٍ ـ: يكونُ إقراراً بالسَّيْف دون الغِمْدِ.

ولو قال: غِمْدٌ فيه سَيْفٌ ـ: يكونُ إقراره بالغمدِ وحْدَه، وكذلك لو قال: لفلانٍ عندي عَبْدٌ في بدنه قميصٌ، أو علىٰ رأسه عِمَامَةٌ، أو عليه مِنطقةٌ، أو في رِجْلِهِ خُفٌّ، أو دابَّةٌ عليها سَرْجٌ، أو زِمَامٌ ـ: يكون إقراراً بالعبد والدابَّة، ولا يكون إقراراً بالقميصِ والعمامةِ والمِنْطقةِ والخُفِّ ولا بِسَرْجِ الدابَّة والزمامِ، وعكسه: لو قال: قميصٌ في بدنِ عَبْدٍ ـ: فهو إقرارٌ بالقميصِ دون العبد.

وقال «صاحب التلخيص»: إذا قال: عَبْدٌ عليه قميصٌ أو ثوبٌ أو خُفٌّ ـ: يلزمه كلاهما؛ بخلاف ما لو قال: فَرَسٌ عليه سَرْجٌ ـ: لا يكون إقراراً بالسَّرْجِ وفرق بأنَّ الفَرَس لَيْسَ له يدٌ، بل هو وما علَيْه لِلمُقِرِّ، فإذا أقر بالفرس، بقي يده على السَّرْجِ، والعبد له يَدٌ على ما عليه، فإذا صار لغيره كانَ ما عَلَيْهِ معه، وعامَّة أصحابنا علىٰ أنَّه لا فَرْق بينهما.

ولو قال: فَصٌّ في خاتم فهو إقرارٌ بالفَصِّ؟ في الخاتم[1] وجهان:

الأصحُّ: لا يكونُ إقراراً به.

وكذلك: لو قال: نَعْلٌ في رجْلِ دابَّةٍ، أو سَخْلَةٌ في بَطْنِ نَعْجَةٍ، أو عروة[2] على قُمْقُمَةٍ[3] أو ثمرة على شجرة ـ: يكون إقراراً بالنَّعْل والسَّخْلة والعُروة والثَّمَرة فَحَسْبُ.

ولو قال: دَابَّة في رِجْلِهَا نَعْلٌ، أو نعجةٌ في بطنها سَخْلَةٌ، أو قُمْقُمةٌ عليها عُرْوَةٌ، أو شجرةٌ عليها ثمرةٌ ـ: هل يكونُ إقراراً بالنعلِ والسَّخْلَة والعُرْوَة والثمر؟ فيه وجهان.

ولو أقر لإِنْسانٍ بشجرة مطلقاً ـ: فالثمرةُ التي عليها لا تدخُلُ في الإقرار.

---

(١) ولو قال: فص في خاتم، فإقرار بالفص فقط. ولو قال: خاتم فيه فص، ففي كونه مقرًّا أيضاً وجهان.
ونقل النووي عن المصنف أن أصح الوجهين المنع. ولو اقتصر على قوله: عندي له خاتم. ثم قال بعد ذلك: ما أردت الفص، لم يقبل منه على المذهب، بل يلزمه الخاتم بفصه، لأن الخاتم تناولهما؛ فلا يقبل رجوعه عن بعض ما تناوله الإفراد.
ينظر: الروضة (٤/ ٣٥ ـ ٣٦).

(٢) العُرْوَةُ: من القميص أو الكوز ونحوها: مقبضه. المعجم الوسيط: (٢/ ٦٠٣).

(٣) القُمْقُمَةُ: وعاء من نحاس له عروتان. والجمع: قماقم. المعجم الوسيط (٢/ ٧٦٦).

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: يَكُونُ إقراراً بهما.

أما إذا أَقَرَّ بخاتمٍ مطلقاً ـ: يكونُ إقراراً به مع الفَصِّ؛ لأنَّ اسْمَ الخَاتَمِ يَنْطَلِقُ علَىٰ جميعه، ولو قال: لفلانٍ عندي ثَوْبٌ مطرَّزٌ ـ: يكون إقراراً بالثوب مع الطرز؛ لأنَّه جُزْءٌ منه.

وقيل: إنْ كان الطِّرَازُ مُرَكَّباً عَلَى الثوْبِ بَعْدَ النَّسْج ـ: هل يكونُ إقراراً بالطِّرَازِ؟ فيه وجهان.

ولو قال: لفلانٍ في يَدِي دارٌ مفروشةٌ ـ: لزمه الدَّارُ دون الفرش.

فَصْــلٌ

إذا قال: غَصَبْتُ الدارَ مِنْ زيدٍ، لا بَلْ من عمرو، سواءٌ قالَهُ مفصولاً أو موصولاً، أو قال: غصبتُهَا من زيدٍ، فزَيْدٌ غَصَبَهَا من عَمْرٍو ـ: يسلَّم الدَّارَ إلىٰ زيد، وهَلْ يغرَّم المُقِرُّ قيمتَهَا لعمرو؟ فيه قولان:

أحدهما ـ وبه قال أبو حنيفة، ـ رحمة الله عليه ـ: يغرَّم؛ لأنَّه أوقع الحيلولَةَ بينها وبَيْنَ عمرو بإقراره لزيدٍ.

والثاني ـ وهو الأصحُّ ـ: لا يغرَّم؛ لأن إقراره الثَّاني صَادَفَ مِلْكَ الغير؛ فلا يلزمه به شيء؛ كما لو قال: الدَّارُ التي في يد زيدٍ هي لعَمْرٍو؛ لا يجب عليه شيء لعمرو.

ولو قال: هذه الدارُ لزيْدٍ، لا بل لعمرو، وقال: هذا العبد الذي تَرَكَهُ أبي لزيدٍ، لا بل لعمرو، ولم يقل غصبت: من أصحابنا من قال ـ وهو الأصحُّ ـ: إنها كالمسألةِ الأولىٰ ـ: يسلَّم إلى زيد، وهل يغرَّم القيمة لعمرو؟ فيه قولان، ولا فَرْقَ بين أن يقبل الرجوعَ بإقرارِهِ أو بغصبه.

ومنهم مَنْ قال: ههنا لا يغرَّمُ شيْئاً قولاً واحداً؛ لأنه لم يقرَّ بالغَصْبِ الموجبِ للضمان.

ولو قالَ: غَصَبْتُ هذِهِ الدَّار من زَيْدٍ، ومِلْكُهَا لعمرو ـ: فهي لزيدٍ؛ لأنَّ مَنْ في يده أَقَرَّ بها، ولا يقبل قوله: «مِلْكُهالعمرو»؛ لأنَّه يشهدُ له بالمِلْك، ولا تُقْبَلُ شهادة الغاصب، ولا غُرْمَ عليه لعَمْرٍو، وهي في يد زَيْد بإجارة أو رَهْنٍ، فغصبها منه، ولو أقرَّ علىٰ ما هِيَ عليه.

هذا إذا قدّم الغصب، فإن أَخَّر، فقال: هذه الدارُ ملكها لعمرو، وغصبها من زيدٍ ـ: فيه وجهان.

أحدهما: تسلَّم إلى زَيْد، ولا يغرَّم لعمرو شيئاً قولاً واحداً؛ لا فَرْقَ بين أن يقدّم ذكر الملك أو الغصب.

والثاني: تسلَّم إلى زيْد، وهَلْ يغرَّم لعمرو؟ فيه قولان؛ كما لو قال: هِيَ لزيْدٍ، لا بل لعمرو.

قال الشيخ: عندي: لا فَرْق بين أن يقُولَ: غصبتُهَا من زيدٍ، لا بَلْ من عمرٍو، وبَيْن أن يقول: غَصَبْتُهَا من زيدٍ، وملكها لعمرو؛ أي: أنَّه هل يغرَّم القيمةَ لعمرٍو؟ إنه على قولين؛ كما لو قال: هي لزيدٍ، لا بل لعمرو، والشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ لم يفصل بينهما في الغُرْمِ، بل قال: شهادتُهُ للثاني لا تقبَلُ؛ لأنه غاصب.

ولو قال غصبْتُ هذا من أحدِ هذَيْنِ الرجلَيْنِ ـ: يطالب بالتعيينِ: فإن قال: لا أعْرِفُ ـ نُظر: إن صَدَّقاه أنَّه لا يعرفُ، أو كذَّباه، وقالا: إنَّه يعرفُ ـ: يحلِفُ أنه لا يعرِفُ [و] تنزع من يده، وتوقف حتَّى يصطلحا، فإنْ أقرَّ بها لأحدهما ـ: سلم إليه، وهَلْ تُسْمَعُ دعوى الآخَرِ عليه بالقيمةِ أم لا؟

مثل رجلٍ في يده دَارٌ، فأقَرَّ بها لرجُلٍ، ثم جاء آخَرُ يدَّعيها؛ فإنه يدَّعِي على المُقَرِّ له، وهل تسمَعُ دعواه على المُقِرِّ بالقيمة أم لا؟ إنْ قُلْنَا: لَوْ أَقَرَّ له بعدما أَقَرَّ للأوَّلِ ـ: يغرَّم قيمتها، وتُسْمَعُ دعواه عليه، ويحلفه؛ رجاء أَنْ يُقِرَّ فيغرَّم.

وإنْ قلْنا: لا يغرَّم ـ: لا تسمَعُ دعواه عليه؛ لأنَّه لا فائدةَ له فِيهِ.

ولو باع مِنْ رجلٍ شيئاً، ثم قال: كُنْتُ قد بعته من فلانٍ، أو غصبته منه ـ: لا يقبل قولُهُ في حقِّ مَنْ باع منه، وهل يغرَّم قيمته لِمَنْ أَقَرَّ أنه باع منه؟

من أصحابنا من قال: فيه قولانِ؛ كالمسألة الأولَىٰ.

ومنهم مَنْ قال: يغرَّم قولاً واحداً، وهو المذهَبُ؛ لأنه فَوَّتَ عليه حقَّهُ بفعله وتصرُّفِهِ؛ حَيْثُ دفعه إلى الآخر، وفي المسألة الأُولىٰ: لم يتصرَّف، بل أخبر عَنْ سببه بقوله، ولا أَثَرَ لقوله في مِلْكِ الغَيْرِ.

ولو جاء رجُلٌ بعدما باعه، وٱدَّعَىٰ تِلْكَ العَيْنَ، يدَّعِي على المشتري، هَلْ لَهُ أن يدَّعِيَ القيمةَ على البائع؟

إن قلنا: لو أَقَرَّ يُغرَّم القيمة ـ: له أن يَدَّعِي علَيْهِ؛ وهو المَذْهَبُ.

وإن قُلْنَا: لا يغرَّم فلا.

هذا إذا باع العَيْن، ثم جاء آخر يدَّعيها ـ: لا تسمَعُ دعواه عَلَىٰ مَنِ ٱنتزعت مِنْ يده بالبيِّنة ثَمَّ.

وإنْ أخذت منه بنكوله وردِّ اليمين ـ: هل تُسْمَعُ دعوى الثاني عليه بالقيمةِ؟ إنْ قلنا: النكولُ وَرَدُّ اليمين كالبيِّنة ـ: لا تسمَعُ.

وإنْ قلْنَا: كالإقرارِ ـ: فهو كما لو أَقَرَّ للأوَّل، هل تسمَعُ دعوى الثَّاني عليه؟ فعلى قولين.

فَصْــلٌ

إذَا قَالَ؛ وَهَبْتُ هذه الدَّارَ مِنْ فُلَانٍ، ولكنْ ما أَقبضتُهُ، وَقَالَ المُقَرُّ له: بَلْ أقبضْتَنِي ـ: فالقولُ قولُ المُقِرِّ مع يمينه أنه لم يقبض.

ولو قال: وَهَبْتُ منه، وملَكَها ـ: لم يكُنْ إقراراً بالقبض؛ لاحتمالِ أنَّه ظَنَّ أنَّه ملك بالهبة، وكذلك: لو قال: وهبْتُهُ مِنه، وخرجْتُ إليه ـ: لم يكُنْ إقراراً بالقبض، أما إذا قال: وهبْتُ له، وأقبضْتُهُ، أو سَلَّمْتُ إليه، أو حازها ـ: كان إقراراً بالقَبْضِ، فلو أنكر بعد ذلك أن يكونَ قبضَهَا ـ: لم يُقْبَلْ منه، ولَمْ يكُنْ له تحليفُ المُقَرِّ له؛ لأنه لا يَكْذِبُ، فإنْ بيَّنَ لإقراره وَجْهاً محتملاً؛ بِأَنْ قَالَ: كُنْتُ أقبضتُهُ باللسان، وظننْتُهُ إقباضاً، أو وَرَدَ عَلَيَّ كتابٌ مِنْ وكيلي أنه أقبضه، فَبَانَ أنَّ الكتابَ كان مُزَوَّراً ـ حينئذٍ: تسمَعُ دعواه، والقولُ قولُ المُقَرِّ له أنه أقبضه؛ فَبَانَ صحيحاً، وكذلك: حُكْمُ الرهْنِ.

ولو أَقَرَّ أنه باعَ مِنْ فلانٍ داراً، أو وهَبَ، وسلَّم، ثم قال: كُنْتُ قد بعتُهُ أو وهبتُهُ ظَانًا أَنَّ البيع صحيحٌ، فأقررْتُ، ثم عَلِمْتُ فسادَ البَيْعِ أو الهبةِ ـ: لا يُقْبَلُ قولُهُ، وله تحليفُ المُقَرِّ له، فإنْ نَكَلَ حَلَفَ المُقِرُّ، وحُكِمَ ببطلانِ البيعِ والهبةِ.

ولو قامَتْ بيِّنَةٌ على الهبة والإقباضِ، ثم ادَّعىٰ أنه لم يقبض، وبيَّنَ له وجهاً ـ نُظِرَ: إنْ شهدتِ البيِّنَةُ على نَفْسِ الهبة والقَبْضِ ـ: لم يكنْ له تحليفُ المشهود له؛ لأنَّ فيه تكذيبَ الشُّهودِ، وإنْ شهدَتْ على إقرارِهِ ـ: فله تحليفُهُ كما ذكرنا، ولو قال: تملَّكْتُ هذه الدارَ مِنْ فلانٍ ـ: فهو إقرارٌ لفلانٍ بها، فإنْ أنكر فلانٌ التمليكَ ـ: فالقولُ قولُهُ مع يمينه، وإنْ قال: تملَّكْتُ علىٰ يَدَيْ فلانٍ ـ: لا يكون إقراراً له بها؛ لأنه يشعر عن كونه وكيلاً ببيعه.

ولو قال: هذه لِزَيْدٍ، وهي رهْنٌ لعمرو عندي ـ: فهو إقرارٌ لزيد؛ فإنْ أنكر زيْدٌ الرهْنَ ـ: فالقولُ قولُهُ مع يمينه.

ولو ادَّعَىٰ على إنسانٍ شيئاً، فقال المدعَىٰ عليه: لا أُقِرُّ ولا أُنْكِرُ ـ: فهو إنكارٌ، فَيُعْرَضُ عليه اليمينُ، فإنْ لم يحلف: حلف صاحبه، واستحقَّ دعواه.

ولو قال: أَنَا مُقِرٌّ، أو: أنا أُقِرُّ ولا أُنْكِرُ ـ: لم يكُنْ هذا إقراراً؛ لأنَّه يقرُّ ببطلانِ مَا يدَّعيه.

ولو قال: أَنَا مُقِرٌّ بما يَدَّعيه، أو: لا أُنْكِرُ مَا يَدَّعيه ـ: فهو إقرار، ولو قَالَ: أنا لا أُنْكِرُ أَنْ يكُونَ مُحِقًّا ـ: لم يكن إقراراً؛ لأنه يريدُ: أنا لا أُنكِرُ أَنْ يكونَ مُحِقًّا في اعتقادِهِ؛ فإن قال: لا أنكرُ أَنْ يكون مُحِقًّا في دعواه ـ: كان إقراراً.

ولو قال المدَّعِي: لي عليْكَ ألْفٌ، فقال: «بَلَىٰ»، أو: «نَعَمْ»، أو: «أَجَلْ»، أو: «صَدَقَ» أو: «لَعَمْرِي» ـ يكون إقراراً؛ لأنَّ هذه الألفاظَ وُضِعَتْ للتصديق.

ولو قال: «لَعَلَّ»، أو: «عَسَىٰ» ـ: لم يكن إقراراً؛ لأنَّها وضعتْ للشَّكِّ؛ كما لو قال: «أَظُنُّ» أو: «أحْسِبُ»، أو: «أقدر» ـ: لم يكُنْ إقراراً؛ لأنها خرجَتْ، ولو قال: له عَلَيَّ في عِلْمِي ـ: كان إقراراً؛ لأنَّ ما عليه في عِلْمِهِ لا يحتملُ إلاَّ الوجوب.

ولو قَالَ: أَلَيْسَ لي علَيْكَ أَلْفٌ؟ فإنْ قال: بَلَىٰ ـ: فهو إقرارٌ، وإنْ قال: نعم ـ: فهو إنكار؛ لأنَّ جواب النفي بالاستفهام يكون بـ «بَلَىٰ»؛ كما قال اللَّهُ تعالَىٰ: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ؟ قَالُوا بَلَىٰ﴾ [الأعراف: ١٧٢].

ولو قال: هلْ لي عَلَيْكَ أَلْفٌ؟ فقال: نعم ـ: يكونُ إقراراً؛ قَالَ اللَّه تعالىٰ: ﴿فَهَلْ وَجَدتُّم مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا؟ قَالُوا: نَعَمْ﴾ [الأعراف: ٤٤].

ولو قال: قبضت الألْفَ الَّتي لي علَيْكَ، فقال: نعم ـ: كان إقراراً، ولو قال: اشْتَرِ عبدي هذا، أو: أعْطِنِي عبدي هذا، قال: نعم ـ: كان إقراراً بالعبد للقائل.

ولو قال: اقْعُدْ حتَّىٰ تأخذ، أو قال: أعْطِنِي غداً؛ أو: ابعَثْ مَنْ يأخذه، أو: أجِّلْني يَوْماً، أو: أمْهِلْني حتى أَضربَ الدَّراهِمَ، أو حَتَّىٰ يرجعَ غلامِي، أو لا أَجِدُ اليوم، ولا يَوْمَ التقاضِي ـ: فكلُّ ذلكَ إقرارٌ عند أبي حنيفة؛ وهو محتملٌ ـ عندنا ـ كقوله: نعم.

ولو قال: لي علَيْكَ ألفٌ، فقال: خُذْ، أو: زِنْهُ، أو: اتَّزِنْهُ، أو: استوفِهِ ـ: لا يكونُ إقراراً؛ لأنَّه قد يقولُهُ استهزاءً ومبالغةً في الإنكار.

وقال أبو عَبْدِ الله الزُّبَيْرِي: إذا قال: خُذْهُ، أو: زِنْهُ، أو: اتَّزِنْهُ ـ: كان إقْرَاراً؛ لأنَّ الكناية راجعةٌ إلى ما تقدَّم من الدعوى.

ولو ادَّعىٰ عليه ألفاً، فقال: هي صحاح ـ: لا يكونُ إقراراً؛ لأن الصفة ترجعُ إلى ما يدَّعيه، ولا يقتضي الوجوبَ.

قال أبو عَبْد الله الزُّبَيْرِيُّ: يكونُ إقراراً.

ولو قال: لفلانٍ عليَّ ألفٌ، إن شاء الله، أو شاء زيْدٌ ـ: لا يكونُ إقراراً. لأنَّ ما علِّق بمشيئة الله تعالى: لا سبيل إليها، ومشيئة زيد لا أثر لها في وجوب الحقِّ عليه.

وكذلِكَ لو قَالَ: عَلَيَّ أَلْفٌ إذا قدِمَ فُلانٌ، أو: إذا جاءَ رأسُ الشَّهْرِ ـ: لا يكونُ إقراراً؛ لأنَّ قُدُوم فلانٍ ومجيء الشهر ـ: لا أثر له في إيجاب المالِ؛ كما إذا قال: لَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ، إذا حال المَطَرُ.

أمَا إذَا قال: له عَلَيَّ أَلْفٌ إلى رأسِ الشهر ـ: لزمَهُ؛ كما لو قال: أَلْفٌ مؤجَّلٌ.

ولو قال: إنْ شهد لك شاهدانِ، أو فُلانٌ وفلانٌ بدينار؛ فهما صادقان؛ فإن شهدا؛ لم يكن ذلك إقراراً؛ لأن تعليق الإقرارِ لا يجوزُ؛ كما لو قال: إنْ شهد علَيَّ فلانٌ صدَّقته، أو: ورَّثتُهُ المال، فإن شهدا، وهما عدلان ـ حينئذٍ: ثبت المال بشهادتهما، ولو شهد عليه رَجُلٌ بمالٍ، فقال: هو عَدْلٌ ـ: لا يكون إقراراً إلاَّ أن يَقولَ: هو عدلٌ فيما شَهِدَ علَيَّ، وكذلك لو قال: هو صادقٌ ـ: لا يكون إقراراً حتَّى يقول: هو صادقٌ فيماشهدعليَّ.

ولو قال: كان لفلانٍ عَلَيَّ أَلْفٌ ـ: فيه وجهان:

أحدهما: يلزمُهُ؛ لأنه إذا قال: هو صادقٌ ـ: كان إقراراً أقرَّ به، والأصلُ بقاؤُهُ.

والثاني: لا يلزمُ؛ لأنَّه لم يُقرَّ بلزومه في الوقْتِ، والأصْلُ فراغ ذمته.

فَصْــلٌ

إذَا كان لزيْدٍ علىٰ عمروٍ دَيْنٌ في الظاهرِ؛ بأن باعه شيئاً، أو أقرضه، أو أجَرَ منه داراً، فأقَرَّ زيْدٌ بأن ذلك الدَّيْنَ الذي على فلانٍ هو لفلانٍ ـ: صحَّ إقرارُهُ في الحكم؛ كما يصحُّ الإقرار بالعين.

هذا إذا لم يعلم حقيقة أنه للمقرِّ، فإنْ علم حقيقةً أنها للمقِرِّ ـ: فلا يصحُّ، ولا يزولُ ملكه بالكَذِب.

وكذلك: لو أقرَّ بشيءٍ لآخر، وعلمَ أنَّه فيه كاذبٌ ـ: لا يقبل؟ مثلُ: إن أعتق عبده، ثم أقرَّ له في ذلك المَجْلِس هو أو غيرُهُ بمالٍ ـ: لم يصحَّ؛ لأنَّه ـ الآنَ ـ بالعتْقِ صَارَ مِمَّنْ يَمْلِكُ، ولم يوجدْ بينهما معاملةٌ؛ ولذلك قُلْنا: لو شَهِدَ شاهدان أن فلاناً أقرَّ لفلانٍ بِدارٍ، والمُقِرُّ كانَ مالكاً لها يوم الإقرار ـ: لم يصحَّ؛ لأنَّ ما كان مِلْكاً له، فإقراره به لغيره كذبٌ، وإذا احْتَمَلَ صدقه ـ: يُقْبَلُ؛ فههنا: إذا أقرَّ بثَمَن الدار أو بالأجرةِ أو القَرْضِ لإنسانٍ ـ: جاز؛ لاحتمالِ أنَّ زيداً كان وكيلاً مِنْ جهة المُقَرِّ له في البيعِ والاجارة والإقراض.

واستثنىٰ صاحب «التلخيص» ثلاثَ مسائلَ؛ لا يجوزُ فيها الإقرارُ بالدَّيْنِ.

إحداها: أن تقرَّ المرأةُ بصداقها على زوجها أنه لغيرها.

الثانية: أن يُقِرَّ الزوْج ببدل الخُلْعِ في ذمَّة المرأة لغيره.

الثالثة: إذا جنىٰ رجُلٌ على رَجُلٍ، فأقَرَّ المجنيُّ عليه بأرش الجنايةِ لغيره ـ: لا يصح.

لأن الصداقَ بَدَلُ البضع [و] لا يتصوَّر أن يكون لغيره؛ وكذلك: أرش الجنايةِ لا يكونُ لغير المجنيِّ عليه إلاَّ أن تكونَ الجنايةُ على عبدٍ، أو علىٰ مالٍ آخَرَ؛ فأقرَّ به للغير ـ: جاز؛ لاحتمال أن يكون ذلك العبْدُ أو المالُ للمقرِّ له يوم الجناية.

قال الشيخ ـ رحمه الله ـ: الصداقُ، وبَدَلُ الخُلْعِ، وأرشُ الجناية: يتصوَّر أن يصير للغَيْر بالحوالةِ؛ فيصحُّ الإقرار بها، وصورة مسألة صاحب «التلخيص»: أن يقرَّ بها للغير حالَ ثبوته، فلا يتصوَّر إن ثبت ذلك للغير.

فَصْــــلٌ

إذا أقَرَّ لِحمْلِ امرأةٍ بِشيءٍ ـ: نُظِرَ: إن عزاه إلى سببٍ صحيحٍ بأن قال: ثبت له بإرثٍ مِنْ أبيه، أو بوصيَّةٍ أوصىٰ له فلانٌ الميِّتُ ـ: صَحَّ.

ثُمَّ إنْ خرج الحَمْلُ حَيًّا ـ: يكونُ له إن كان ذكراً.

وإنْ كان أُنثىٰ: فإنْ عزاه إلى وصيَّةٍ ـ: يكون لها، وإنْ عزاه إلى إرثٍ ـ: فلها النصف.

وإنْ خرج ذكرين يكون بينهما، وإن خرج ذكراً وأنثى: فإن عزاه إلى إرثٍ ـ: يكون بينهما؛ للذَّكرِ مثْلُ حَظِّ الأنثيين؛ فإن عزاه إلى وصيته ـ: يكونُ بينهما سواء.

وإنْ خرج الحمْلُ ميتاً ـ: فلا حَقَّ له فيه، فإن كان قد عزاه إلى وصيَّة ـ: فالوصيَّة باطلة.

وإن خرج حيًّا إنَّما يُعْطى لأقلَّ من ستة أشْهُرٍ من يوم الإقرارِ، فإنْ خرج لأكْثَرَ من أربعِ سنين ـ: فالإقرار باطلٌ، فإنْ خَرَجَ لستَّة أشهر فأكثر، ولِدُونِ أربع سنين ـ نظر: إن كان لها زَوْجٌ يطؤُها ـ: فلا يعطَىٰ: لاحتمال حدوثه بعد الإقرار، فإن لم يكُنْ لها زَوْجٌ يطؤها ـ فقولان:

أصحُّهما: يصح؛ لأنَّ الظَّاهِرَ وجودُهُ؛ بدليل أنَّ النسب يلحق بالزَّوْجِ إلى أربعِ سنين.

والثاني: لا يصحُّ؛ لأنه لا يدرِي وجودَهُ يوم الإقرارِ؛ بخلاف النَّسبِ؛ فإنَّه يَثْبُتُ بالإمكانِ، والإِقْرَارُ لا يثبُتُ بالإمكانِ، وإنْ أقَرَّ للْحَملِ مطلقاً بمالٍ، ففيه قولان:

أحدهما ـ وبه قال محمَّد بن الحسنِ ـ: لا يصحُّ؛ لأنَّ مطلق الإقرار محمولٌ على وجوبِهِ بِسَبَبِ معاملةٍ أو جناية، [و] لا يتصوَّر ذلك في حقِّ الجنين؛ بخلاف ما لو أقرَّ لصبيٍّ في المَهْدِ مطلقاً بمالٍ ـ: يقبل؛ لأنَّه يتصوَّر وجوبُهُ بسببِ معاملةٍ كانَتْ بينه وبين قَيِّمِهِ.

والثاني: يصحُّ، وبه قال أبو يوسُفَ، ويحمَلُ على أنَّه ثَبَتَ له بسبب إرثٍ أو وصيَّةٍ؛ كما لو أقرَّ لصبيٍّ في المهد.

فلو قال: لهذا الحَمْلِ عَلَيَّ ألْفُ درهم، عاملني أو أقرضني، هل يلزمُهُ أن يبنيَ على الإقرارِ مطلقاً؟

إنْ قلنا: لو أقرَّ مطلقاً لا يلزمه ـ: فههنا أولى ألاَّ يلزمَ، وإن قلنا: لو أقَرَّ مطلقاً لا يلزمه ـ: فإذا قيّد بالمعاملة ـ لا يبطل؛ لأنه يريدُ إسقاطه بمستحيل؛ كما لو قال: له عليَّ ألْفٌ لا يلزمني؛ وكذلك لو قال: لهذا الرضيعِ عَلَيَّ ألْفٌ عاملني ـ: يلزمُهُ ويلغو قوله: «عاملني»؛ وعلىٰ هذا: لو أقرَّ لمسجدٍ بمال: فإن عزاه إلى سببٍ صحيحٍ مِنْ غَلَّة وقف عليه ـ: صحَّ.

وإن أطلق ـ فعلىٰ وجهين؛ بناءً على القولين في الحَمْلِ:

فإن قلنا: إقراره للحَمْلِ مطلقاً صحيحٌ، فإن خرج ذكراً أو أنثىٰ ـ فهو بينهما، وإذا خرج الجنين ميتاً ـ بطل إقرارُهُ؛ لأنَّه لا حُكْمَ له؛ بدليلِ أنه لا يدفع إليه ما وقف له من الميراثِ، ثم يسألُ المُقِرُّ، فإنْ فسَّر إقراره بأنه ورث من أبيه ـ: صُرِفَ إلى وارث الأبِ، وإنْ عزاه إلى وصيَّةٍ ـ: كان لورثة الموصي؛ كما لو صَرَّحَ به في الإقرارِ، وإن مات المقرُّ قبل التفسير ـ: بطل؛ كما لو أقرَّ بحقٍّ لرجل، فردَّ إقراره، ولو أقَرَّ بحَمْلِ شاةٍ أو حَمْلِ جارِيَة الرَّجُلِ ـ: نصَّ على أنَّه لا يصِحُّ، وهذا يخرَّجُ على تفصيل الإقرارِ له؛ فإنْ فسَّره، وقال: أوصى لي بحمل هذه الجارية ـ صح، إذا ولَدتْ لأقلَّ من ستة أشهر، وإنْ أطلق، وقال: حمل هذه الشاة، أو حمل هذه الجارية لفلانٍ ـ: فيخرَّج على قولين: فإذا أقرَّ بالحمل لرجل، وبالأم لآخر: إن قلنا: الإقرارُ بالحمْلِ جائز ـ: صحَّ الإقرارُ لهما، وإنْ قلنا: لا يجوز ـ: كانَتِ الشاةُ والحملُ للثاني؛ لأن الحمل يتبع الأصْلَ.

ولو قال أوَّلاً: هذه الشَّاةُ لفلانٍ، والحملُ لفلانٍ ـ قلنا: لا تصحُّ الوصيَّةُ بالحَمْلِ، وكانت الشاةُ والحَمْلُ للأوَّل؛ لأنَّ الإقرار بالشاةِ يستتبعُ الحمل.

ولو قال: لعبدِ فلانٍ عليَّ ألفٌ ـ: فهو إقرارٌ لسيِّده، ولو قال: لدابَّة فلانٍ عليَّ ألْفٌ ـ: فليس بإقرار؛ لأنه لا يتصوَّر المعاملة مع الدابَّة، فإنْ قال: له عليَّ ألفٌ بسبب هذه الدابَّة ـ: يلزمه، ويحمَلُ على أنه جنى عَلَيْها أو اكتراها؛ يلزمه الأرش والكراء.

فَصْـــلٌ

إذا أقرَّ لإنسانٍ بدَيْنٍ في صحَّته، ثم أقرَّ الآخَرَ في مرض موته ـ: فهما سواءٌ؛ كما لو

ثَبَتَ الدَّيْنانِ بالبيِّنة؛ لأنَّ حالة المرض ليستْ حالة حَجْرٍ في الإقرار؛ بدليلِ أنه لو أقرَّ لواحد بجميع ماله في المرض ـ: يُقْبَلُ.

وقال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: يُقَدَّمُ دَيْنٌ حال الصِّحَّة على دين المرض.

إذا ثبت بالإقرارِ، فنقول: الإقرارُ بالدَّيْن استويا في اللزومِ، ولم يتعلَّق أحدهما بعَيْن مالٍ؛ فيستويان في القضاءِ؛ كالإقرار في الصِّحَّة أو في المرضِ، وقد أقرَّ بدَيْن في حياته، ثم مات، فأقرَّ وارثُهُ بدَيْنٍ آخَرَ ـ هل يقدَّمُ دَيْن الحياة؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: سواءٌ؛ كما لو بيَّنَّا بالبيِّنَةِ.

ولو أقرَّ لوارثه بدَيْنٍ في مرضِ موته، أو بعَيْنٍ ـ هل يصحُّ أم لا؟ فيه قولان:

أحدُهُما ـ وبه قال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ ومالكٌ ـ: لا يصحُّ؛ لأنه مُتَهَمٌ؛ كما لو أوْصىٰ لوارثه بشَيْءٍ: لا يصحّ.

والثاني: لا يصحُّ؛ لأنَّ حالة المرض ليستْ حالة الحَجْرِ في الإقرارِ؛ بدليل أنه لو أقرَّ لأجنبيٍّ بجميع مالِهِ ـ: يصحَّ، فإن قلنا: لا يصحُّ ـ: فالاعتبار في كونه وارثاً بحالَةِ الإقرار أمْ بحالة المَوْتِ؟ فيه قولان:

قال في الجديدِ ـ وبه قال أبو حنيفة ـ: الاعتبار بحالةِ الموت؛ كما في الوصيَّة؛ كما لو أقرَّ لأخيه بشَيْءٍ، وهو وارثه، ثم حدث له ابْنٌ، فصار الأخُ محجوباً، أو أقرَّ لِزَوْجَةٍ، ثم فارقها ـ صحَّ إقرارُهُ؛ كما لو أوصى له بشيءٍ، ثم صار محجوباً، ولو كان محجوباً يوْمَ الإقرار، فصار وارثاً بأنْ مَاتَ ابْنُهُ، فصار الأخُ وارثاً، أو أوصى لأجنبيَّة، ثم نكحَهَا ـ: بطل الإقرار.

وقال في القديم ـ وبه قال مالك ـ رحمة الله عليه ـ: الاعتبارُ بحالة الإقرارِ: فإنْ لم يكن وارثاً يوْمَ الإقرار، فصار وارثاً يَوْمَ المَوْتِ ـ: لم يبطُل الإقرارُ، وإن كان وارثاً يوم الإقرار، فصار محجوباً ـ: لم يصحَّ الإقرار، بخلافِ الوصيّة؛ لأنها عطيَّة بَعْدَ الموت؛ فيعتبر عَدَمُ التهمة حالَةَ الاعتبار.

ولو ملك رجُلٌ أخاه، ثم أقرَّ في مرضِ مَوْتِهِ أنَّه قد كان أعتقه في صحَّته ـ: كانَ العتْقُ نافذاً، وهَلْ يرثُهُ أمْ لا؟ إن قلنا: الإقرارُ للوارثِ ـ: يصحُّ ويرثه، وإنْ قُلْنَا: لا يصحُّ الإقرار للوارث ـ: لا يرثُهُ؛ لأنَّ توريثَهُ يوجبُ إبطالَ الإقرارِ بِحرِّيَّتِهِ، وإذا بطلت الحريَّةُ ـ سقط، فأثبتنا الحريَّة، وأسقطنا الإرث.

فَصْــلٌ

إذا أقرَّ بحريَّة عبد الغَيْرِ، أو شهد علىٰ حرِّيته، فردَّتْ شهادته ـ: لا يحكم بحريَّته، فإذا اشتـراه المُقِرُّ ـ: يحكُم بصحَّة الشراء، ويَعْتِقُ عليه بحكْمِ إقراره، وإنَّما حكمنا بصحَّة الشراء؛ تنزيلاً للعقد علىٰ قَوْلِ مَنْ جَعَلَ الشَّرْعُ القول قوْلَهُ، ثم هو تَبَعٌ من جهة البائِعِ، حتَّىٰ يثبت له الخيارُ، ولو باع بثَمَنٍ معيَّنٍ، فوجد بالثمن عَيْباً، فردَّهُ ـ: يستردُّ العبد، بخلاف ما لو باع عبداً بَعْرضٍ، فأعتقه المشتري، ثم رَدَّ العَرْضَ بعَيْبٍ ـ: يستردُّ قيمة العبد، ولا يستردُّ العبدَ؛ لأنهما اتفقا على حريَّة العبد هناك، وههنا: لم يتفقا عليه حتَّىٰ لو قال البائعُ في تلك المسألةِ للمشتري: أعتقته، فأنكر المشتري ـ: فالقولُ قولُ المشتري، [و] يحلف على أنه لم يعتقْهُ، ويرد العبد، ويعتق على البائع، أما من جهة المشتري ـ: يكنُ شراءً أم فداء؟ نُظر: إن ادعى على البائع أنَّك أعتقته ـ ففيه وجهان:

أحدهما: أنه شراءٌ؛ كما في جانب البائع.

والثاني: هو فداء؛ لأنه مقرٌّ بحريته، وشراءُ الحر لا يجوزُ؛ فكأنه يبذلُ مالاً لتخليصه عن الرِّقِّ.

فإنْ قلنا: هو شراءٌ ـ: ثبت له الخيارُ، وإن وجد به عيباً ـ: أخذ الأرش.

وإنْ قلنا: فداءٌ ـ: فلا خيارَ له، ولا أرْش، وعلى الوجهَيْنِ: لا ردَّ له، وولاؤه موقوفٌ؛ فلو مات، وله مال ـ: فماله لوارثه، إن كان له وارثٌ مناسبٌ، وإن لم يكنْ له وارثٌ يوقفُ ماله؛ فإن صدَّقه البائع ـ: رَدَّ الثمن والمالَ له، وإن لم يصدِّقه ـ: فهل للمشتري أن يأخُذَ مِنْ ماله الأقلّ أمِ الثمن أم التركة؟ فيه وجهان:

أصحهما ـ وهو اختيار المزني، وقولُ ابنِ سُرَيجٍ، وأبي إسحاق ـ: له ذلك؛ لأنَّه كان كاذباً؛ فجميعُ ماله ـ وإن كان صادقاً ـ: فالمالُ للبائعِ بحكم الميراثِ، وهو مستحقُّ الثمن على البائعِ، وقد ظَفِرَ بماله؛ فله أخذ حقِّه منه.

والثاني: لا يأخذُ؛ لأنَّه لا يدري أنَّه يأخذُهُ من جهةِ البائع أو مِنْ جهة الملك.

قال الشيخ: ويمكن بناؤه على أنَّه شراءٌ **أم فداءٌ لا يأخذه**؟ لأنه مقطوع ببذل الثمن.

وإن قلنا: شراءٌ يأخذه، فأمَّا إذا كان المُقِرُّ قد قال: إنَّه حُرُّ الأصْلِ، أو: أعتقه فلانٌ، ثم اشتريتَهُ أنْتَ ـ: فهو فداءٌ مِنْ جهة المشترِي وَجْهاً واحداً؛ فلا خيار له، ولا أرش، إذا وجد به عَيْباً.

وإذا اكتسب العَبْد مالاً، وماتَ ـ: فلا وارث له؛ فمالُهُ لبيت المالِ، وليس للمشـ

أنْ يأخذ منه شيئاً؛ لأنَّه إذا كان صادقاً: فإنما يستحقُّ الثمن على البائعِ، وبزعمه: أن هذا المال ليس للبائعِ، وإن مات العَبْدُ في يد البائع ـ: لا ثَمَنَ له على المشترِي؛ لأنَّه لا يقرُّ بالْعِتْقِ؛ فيكون كَتَلَفِ المبيعِ قبل القبضِ ـ: يجب الثَّمَنُ على المشتري؛ لأنَّه عَتَقَ على المشتري بالإنفاق، وكان عتقه قَبْضاً.

ولو أقَرَّ بحريَّة عَبْدِ الغَيْرِ، ثم استأجره ـ: لاَ يحلُّ له أن ينتفع به، وللآخَرِ مطالبتُهُ بِالأُجْرَةِ، وإنْ كانَتْ جاريةً، فنكحها المُقِرُّ ـ: لا يحلُّ له وطؤُها وللسيِّد المزوِّجِ مطالبتُهُ بالصداقِ.

ولو كان في يدِ رجلٍ عَبْدٌ، فقال مَنْ في يده: هذا العَبْدُ لفلانٍ، وقال العبد: بَلْ أَنَا لفلانٍ آخَرَ ـ: لا يُقْبَلُ قولُ العبد، وهو لِمَنْ أقَرَّ له مَنْ في يده.

ولو ادَّعَىٰ العَبْدُ أنَّه حُرٌّ، وأنكر السَّيِّد ـ: فالقولُ قولُ العبد مع يمينه؛ لأنَّ أصْلَ الناس على الحريَّة، فإذا حلف العَبْدُ: ليس للسيِّد أن يرجع على بائعِهِ بالثمنِ إلاَّ أنْ يقيم العبدُ بيِّنَةً على حُرِّيَّتِهِ ليرجع.

ولو ادَّعىٰ العبْدُ على المولَىٰ أنَّك أعتقْتَنِي، وأنكر المولَىٰ ـ: فالقولُ قولُ المولَىٰ مع يمينه؛ لأنَّ العبْدَ أقرَّ بالرقِّ، والأصلُ بَقَاءُ الرِّقِّ.

ولو قال مَنْ في يده العبد: هذا لفلانٍ، وأنكر فلانٌ أنْ يكون له ـ: فيه وجهان.

أحدُهُما: يحكَمُ بحريته؛ لأنه لا يدَّعيه أحدٌ؛ فيكون العبد في يد نفسه؛ فَيَعْتِقُ.

والثاني: لا يحكَمُ؛ لأن الرِّقَّ حقيقةٌ لا تزولُ إلاَّ باليقينِ؛ فعلى هذا: يُتْرَكُ في يده أَمْ ينتزعُ من يده ويحفظ الحاكم؟ فيه وجهان؛ كما لو قال: هذه الدارُ لفلانٍ، وأنكر فلانٌ ـ: هل تترك في يده أم يأخذه الحَاكِمُ؛ فيحفظه إلىٰ أنْ يظهر مالكُهُ؟ فيه وجهان.

فَصْــلٌ

إذا ادَّعىٰ علىٰ رجُلٍ، فقال: بعتُكَ هذه الجاريَةَ، فأَدِّ الثمنَ، وقال المدعَىٰ عليه: بل زَوَّجْتَنيها ـ نُظِرَ: إنْ لم يكنْ قد استولدها مَنْ في يده ـ تحالفا يحلف كلٌّ واحدٍ منهما علىٰ نَفْي ما يدَّعيه صاحبُهُ، ثم بعدما حلفا ـ: تردُّ الجارية إلىٰ مَنْ كانَتْ في يده، ولا مهر لها علىٰ مَنْ يدَّعي النكاحَ، دَخَلَ بها أو لم يَدْخُلْ؛ لأنَّه لا يدَّعيه، وبأيِّ جهةٍ تَعُودُ الجاريةُ إلىٰ مَنْ كانَتْ في يده؟ فيه وجهان:

أحدهما: بجهةِ الإفلَاسِ؛ لأنه تعذَّرَ عليه استيفاءُ الثمنِ؛ فصار كما لو أفْلَسَ المشتري بالثَّمَنِ يفسخ البائع، ويسترد المبيع؛ فعلَىٰ هذا: يحلُّ له وطؤها.

والثاني: تردُّ إليه بجهةِ أنَّ له الثمنَ علىٰ مَنْ يدعي نكاحها، وتعذّر ٱستيفاؤه منه، والجاريةُ له بزعمِهِ، فقد ظفر بغير جنس حقِّه مِنْ ماله؛ فعلىٰ هذا: لا يحلُّ له وطؤها له، ويستوفى حقَّهُ مِنْ ثمنها، فإن كان الثَّمَنُ من حقِّه اتبع مَنْ يدعي عليه، وإن كان أكثَرَ ـ: فالفَضْلُ للمدعَىٰ عليه.

وإنْ حَلَفَ أحدُهُمَا، ونكَلَ الآخَرُ ـ: رُدَّ اليمِينُ علىٰ صاحبه؛ فيحلف ويحكَمُ له ببيانه [فإن] حلف البائعُ أنه ما زوَّجها، ولم يحلفِ المشتَرِي؛ أنَّه ما ٱشتراها ـ: حلف البائعُ لقد ٱشتراها، ويلزمُهُ اليمينُ، ولو حَلَفَ المشترِي ما اشتراها، ولم يحلفِ البائعُ ما زوَّجها ـ: حلف المشتري لقد تزوَّجها، وحكم له بالنكاحِ؛ فإن كان مَنْ في يده الجاريةُ قد ٱستولَدَهَا ـ: فالجارية بِزَعْمِ المدَّعِي ـ صارت أمَّ ولد للمستولد: لا يجوز له أخذُها، وهل له أن يأْخُذَ من المستولد أَقَلَّ الأمْرين: إما الثمن أو المهر؟ فيه وجهان:

أحدهما: يأخذ؛ لأنَّه إن باعها منْهُ فيستحقُّ الثمن، وإن زوَّجها يستحقُّ المهر.

والثاني: لا يأخُذُ؛ لأنَّ المشتري حلَفَ ألا يمينَ لَهُ عليه، والمدعي يُقِرُّ أنَّه لا يستحقُّ المهر؛ ولأنَّ جهة الاستحقاق، إن ثبتت فتختلف، وعلى الوجهين: يقرُّ للجارية في يد المستولد، ويحكُم بحرِّيَة الولد، لأن بزعم المدعِي أنَّها أمُّ ولد، والولدُ حُرٌّ، ويحل في الباطِنِ لِمَنْ في يده وطؤها، وهل يحلُّ له وطؤها في الظاهر؟ فيه وجهان:

أحدهما: يحلُّ له؛ كما في الباطن.

والثاني: لا يحلُّ؛ لأنَّه لا يدري أنَّه يطأُ منكوحةً أو مملوكةً؛ كما لو اشترىٰ زوجتَهُ بشرطِ الخيارِ: لا يحلُّ له وطؤها في زمانِ الخيارِ؛ لأنه لا يدري أنه يطأُ منكوحةً أو مملوكةً، وعلى مَنْ تجبُ نفقتها؟ إنْ قُلْنا: يحلُّ له وطؤها ـ: فعليه نفقتها، وإنْ قُلنا: لا يَحِلُّ ـ فقولان:

أصحُهما: يكونُ في كسبها؛ لأنَّا حكمنا بأنها أمُّ ولد لِمَنْ في يده؛ فلا يمكنُ إيجابها على البائع.

والثاني: يكونُ على البائع؛ لأنها كانَتْ عليه؛ فلا يسقط عنه بزعمه، ويجري التَّوارُثُ بين الوَلدِ والوالد.

أمَّا الجاريَةُ: إذا ماتَتْ قبل موتِ المستولد ـ: ماتت قِنَّةً، فإن تركَتْ مالاً من كسبها، فللبائع أن يأخذ الثمنَ منه؛ لأنَّ ـ بزعم المستولد ـ: أنها كانت مملوكةً للبائعِ، وجميع ما تركَتْ له، وبزعْم البائع: أنه للمستولد، وهو يستحقُّ عليه الثمن، فيأخذ الثَّمَن، والفَضْلُ يكون موقوفاً؛ لأنه لا يدَّعيه أحد.

وإنْ مات المستولدُ أوّلاً ـ: يحكم بحريتها، ويكون كسبها لها، فلو ماتَتْ بعده ـ فمالُهَا لورثته من جهة النسب، والولاءُ موقوفٌ، فإن لم يكن لها وَارِثٌ ـ: فالميراثُ موقوفٌ، فليس للبائعِ أن يأخذ شيئاً مِنْ تركتها؛ لأنَّها عَتَقَتْ بموت المستولد، فما جمعت من المال بعده لا يقضي به دُيون المستولد، وحَقُّ البائع كان في ذمَّة المستولد؛ كما إذا أعتق عبْداً، ثم مات المُعْتِقُ، وعليه دَيْنٌ، ثم مات المُعْتَقُ بعده ـ: لا يقضي من مالِهِ ديونُ معتقه، فلو أن البائعَ صدَّق مَنْ في يد الجاريةُ لا يُرِيدُ بتصديقه أمومة الولد، ولا حرية الولد، غَيْر أنَّ اكتسابها يكون للبائع ما دام المستولد حيًّا، فإذا مَاتَ عَتَقَتْ وكسْبُها بعده لها؛ وكذلك: لو أقام المدعي بيِّنَةً على التزويجِ ـ: لا تردُّ أمومة الولد؛ لأن بيِّنَتَهُ تكذِّبه، ولو أكذب نفسَهُ بعد موتِ المستولد ـ: لا يكون مِنْ كسبها شيء.

ولو صدَّق المستولد البائع ـ: يجبُ عليه الثمن، وله ولاؤُها.

ولو مات المستولد، ثم صدَّق وارثه البائع ـ: فالجاريةُ حُرَّةٌ بموته، وولده منها حُرٌّ وارثٌ، وتصديقُ الوارثِ إقرارٌ على الموروثِ بالثمن فيقضي من تركته.

فَصْــلٌ

إقْرَارُ الْعَجَمِيِّ بلسانه صحيحٌ كإقرارِ العربيِّ بِلِسَانِهِ، وكذلكَ: أهْلُ كلِّ لسانٍ يقرُّ بلسانه، ولو أقرَّ أعجميٌّ بالعربية، أو عربيٌّ بالعجمية ـ: يقبلُ إقراره، إنْ فهم ما يقول.

وإنِ ادَّعَىٰ بعده: أنِّي لم أَعْرِفْ معناه قُبِلَ قولُهُ مع يمينه، إنْ كَانَ مِمَّنْ يجُوزُ ألاَّ يعرِّفه.

فإذا شهد الشهودُ على إقرار رجلٍ بحقٍّ ـ: لا يشترط أن يقولوا: كان يَوْمُ الإقرار صحيحَ العَقْلِ، غَيْرَ مُكْرَهٍ ولا محجور عليه.

وما يكتب في الصُّكُوكِ أنه أقرَّ طائعاً غَيْرَ مُكْرَهٍ احتياطاً؛ كما لا يشترطُ أن يقولوا: كان حُرًّا، فلو ادَّعى المُقِرُّ أنِّي كُنْتُ يومَ الإقرار صغيراً ـ: قُبِلَ قوله مع يمينه؛ لأنَّ الإنسان لا يخلُو عن الصِّغَرِ، وإنْ قال: كنتُ مجنوناً: فإن عُرِفَ به جنونٌ سابقٌ ـ: قُبِلَ قولُهُ مع يمينه، وإنْ لم يعرف ـ: لا يقبلُ، وإنْ قال: كُنْتُ مُكْرَهاً؛ فإن كان ثَمَّ أمارة الإكراه: بأن كان محبوساً أو علَيْهِ موكّل ـ: قُبِلَ قولُهُ مع يمينه، وإنْ لم يكُنْ فلا يقبل، والله أعلَمُ.

بابُ إقْرَارِ الوَارِثِ

إذا ادَّعىٰ الحُرُّ العَاقِلُ البالغُ بنسبِ صغيرٍ مجهولِ النسب ـ: يُلْحَقُ به؛ لأنَّ النسب يثبُتُ بالبَيِّنَة، فيثبت بالإقرار.

وإن ادَّعَىٰ بنسبِ بالغ، فإنْ صدَّقه المُقَرُّ له يثبت نسبه منه، وإن كذَّبه ـ لا يثبت، إلاَّ أن يقيمَ المُدَّعي على ذلك بَيِّنَةً، وإنْ لم يكن له بيّنةٌ ـ: فللمدَّعي تحليفُهُ؛ لأنَّه لما سُمِعَتْ فيه البينةُ ـ: ثبت فيه التحليفُ، فإنْ حلف سَقَطَ، وإنْ نَكَلَ حَلَفَ المدَّعِي، ويثبت النسَبُ، فإنْ كان المقرُّ به معروفَ النسبِ مِنْ غيره، أو كان في سِنٍّ ـ: لا يتصوَّر أَنْ يكونَ ولداً للمدَّعى ـ: لا تسمَعُ دعوى المدعِي، وإن ادعَىٰ نسَبَ صغيرٍ أو مجنونٍ مجهولِ النسبِ، وحكمنا بثبوتِهِ، فبلغ وأفاقَ، فأنكر ـ: هل يُقْبَلُ إنكاره؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: لا يقبل؛ لأنَّا حكَمْنا بثبوتِ نسبه، فلا يرتفعُ بإنكاره؛ كما لو قامَتْ بيِّنَةٌ على نسبه.

والثَّاني: يُقْبَلُ؛ لأنَّا حكمنا له حِينَ لم يكُنْ له قَوْل، والآنَ: صار مِنْ أهْل أن يكُونَ له قولٌ، ولو ادعَىٰ نسبه في هذه الحالة، فأنكر ـ: لم يكن يثبت.

ولو ادَّعىٰ نسب ميت ـ نظر: إن كان الميتُ صغيراً أو مجنوناً ـ: حكم بثبوت نسبه، وله ميراثٌ، وإنْ كان الميِّتُ بالغاً ـ ففيه وجهان:

أصحُّهما: لا يثبت إلاَّ ببيِّنةٍ؛ لأنَّه لو كان حَيًّا لم يكُنْ يثبت نسبه بمجرَّد دعواه لا بتصديقه، وتصديقُهُ معدومٌ.

والثَّاني: يَثْبُتُ؛ لأنَّه عَجَزَ بالموتِ عَنِ التصديقِ، فصار كالصبيِّ والمجنونِ، ولو أقرَّ بنسبِ بالغٍ عاقلٍ، ثم رجع عن الإقرار، وصدَّقه المُقرُّ به ـ فيه وجهان:

قال ابنُ أبي هريرة: يسقُطُ النَّسَبُ؛ كما لو أقرَّ له بمال، ثم رجَعَ وصدَّقه المُقَرُّ له في الرجوع.

والثاني ـ وهو قول الشيخ أبي حامد ـ: لا يسقط؛ لأنَّ النسب إذا ثبت لا يسقُطُ بالاتفاقِ علىٰ نفيه؛ كالنسب الثابت بالفراش.

ولو ادَّعى نسَبَ عَبْدِ الغير، أو نَسَبَ مُعْتَقِهِ ـ نظر: إنْ أقام عليه بيِّنَةً ـ: ثبت نسبه، سواءٌ صدَّقه العبد أو كذَّبه، فهو رقيق لمولاه.

وإنْ لم يُقِم بيِّنَةً ـ نظر: إن كان العبد صغيراً ـ: لا يحكم به؛ لما فيه من إبطال حَقِّ السَّيِّد من الإرث بالولاءِ، وإن كان بالغاً: فإن أنكر العبد ـ: لم يثبُتْ، وإن أقرَّ ـ: فعلى وجهَيْنِ، هذا إذا ألحق النسب بنفسه، فإنْ ألحق بغيره؛ بأن قال: هَذَا أخِي ابْنُ أبي، أو ابْنُ أمي ـ: فلا يقبَلُ إلاَّ بعد مَوْتِ الملحق به، ولا يثبُتُ إلاَّ بإقرارِ مَنْ يجُوزُ جميعَ تركة المُلْحَقِ به إرثاً بَعْدَ أن يكون المُقِرُّ به مجهولَ النسب، ويصدِّقه إنْ كان بالغاً؛ كما قُلْنا في الإلحاق بنفسه.

فلو مات رجلٌ عَنِ ابْنٍ واحدٍ، فأقرّ بنسبِ ابنٍ آخَرَ للميت ـ: ثَبَتَ؛ لأنّه لا يجوزُ التركةَ، ولو مات عَنْ بنين وبناتٍ ـ: فلا يثبُتُ إلاَّ بإقرار جميعهم.

وهل يشترطُ إقرارُ الزوْجِ والزوجة؟ فيه وجهان:

أحدهما: يشترطُ؛ لأنّه من الورثة.

والثاني: لا يشترطُ؛ لأن الزوجيَّة تنقطعُ بالمَوْتِ.

وكذلك: في إثبات الزوجيَّة ـ هَلْ يشترطُ إقْرَارُ جميعِ الورثةِ؟ فيه وجهان.

وإن كان الابْنُ قاتلاً أو عَبْداً أو كافراً، والآن مسلمٌ، لا يقبلُ إقرارُهُ بالنَّسَبِ؛ لأنَّه لا يُقْبَلُ إقراره عليه بالمال؛ فلا يقبَلُ بالنسب كالأجنبيِّ.

ولو مات مُسْلِمٌ عن اثنين: أحدهما مسلم، والآخر كافرٌ، فأقر المسلم بأخ ثالثٍ لهما ـ: ثَبتَ، وإنْ أنكر الكافر؛ لأن المسلم يحوز جميعَ تركة المَيِّت.

وإن أسلم الكافرُ بعده ـ: لا يعتبر إقرارُهُ؛ لأنَّه لم يكُنْ وارثاً يوم المَوْتِ، ولو كان الميِّت كافراً، وله ابنانِ: كافرٌ ومسلمٌ، فأقرَّ الكافر بابْنٍ آخَرَ ـ: ثبت، وإنْ أنكر المسلمُ، سواءٌ كان المُقِرُّ به مسلماً أو كافراً، غَيْرَ أنه إن كانِ المُقِرُّ به مخالفاً للميِّت في الدِّين ـ: لا يرثُهُ مع ثبوت النسبِ؛ وكذلك: لو مات عنِ اثنين: حُرٌّ وعبدٍ، فأقرَّ الحُرُّ بنسبِ ابْنٍ آخَرَ ـ: يثبت، وإنْ أنكر العبْدُ، وإنْ أقَرَّ أنَّ هذا عمِّي ـ: فهو إلحاقُ النسب بالجَدِّ، فإنْ كان أبوُهُ مَات قبل جَدِّهِ، وحاز هذا المقِرُّ جميعَ تركة الجَدِّ ـ: يثبت النسَبُ بإقراره، وإن كان الجَدُّ قد مات قبل الأبِ ـ: يشترطُ أنْ يكُونَ المقرُّ حائزاً جميعَ تركة مَنْ حاز تركةَ الجَدِّ، حتَّى لو كان لِجَدِّهِ ابنانِ، وماتا يشترطُ أنْ يكُونَ هو حائزاً جميعَ تركتهما، ولو مات عَنْ بِنْتٍ هي معتقةُ أبيها، فأقرَّتْ بابْنٍ للميِّت ـ: يُقْبَلُ، وإنْ لم تكن معتقةً للأب ـ: لا يُقْبَلُ؛ لأنَّها لا تحوزُ جميعَ تركة الأبِ، فإنْ أقَرَّ السُّلْطانُ معها: إن قلنا: السلطانُ كالوارثِ ـ: يثبت؛ وإلاَّ فَلاَ؛ وكذلك: لو مات، ولا وارثَ له، فأقَرَّ السلطانُ بابْنٍ له: إن قُلْنا: السلطانُ كالوارثِ ـ: يثبتُ هذا إذا لم يَقُلْ على سبيلِ القضاءِ، فإن قَالَ: على سبيلِ القضاءِ، فإن قلنا: القاضي لا يَقْضي بعلْمِ نفسه ـ: لا يثبُتُ، وإنْ قلنا: يقضي بعلْمِ نفسه ـ: يثبت، وإنْ أنكَرَ جميعُ الورثة.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: يشترطُ في ثبوت النَّسَبِ عدد الشهادة، ولا يشترطُ إقرارُ جميعِ الورثةِ حتَّى قال: لو مات عن ابنٍ واحدٍ، فأقَرَّ ـ: لا يثبتُ، ولو ماتَ عَنْ جماعةٍ من الأولاد، فأقرَّ منهم ابنان، أو ابْنٌ وبنتان، فإنْ أنكر الباقون، فالدليل على ثبوته بقَوْلِ

الواحِد، إذا كان وارثاً: ما رُوِيَ عَنْ عائِشَةَ ـ رضي الله عنها ـ قَالَتْ: كَانَ عُتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ عَهِدَ إِلَىٰ أَخِيهِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وقَّاصٍ أَنَّ ٱبْنَ وَلِيدَةِ زَمْعَةَ مِنِّي، فَاقْبِضْهُ إِلَيْكَ، فَلَمَّا كَانَ عامُ الفَتْحِ أَخَذَهُ سَعْدٌ، فقَالَ: ٱبْنُ أخي، وَقَال عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ: أَخِي، فَتَسَاوَقَا[1] إِلَىٰ رَسُولِ اللَّهِ ـ ﷺ ـ فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ٱبْنُ أَخِي كَانَ عَهِدَ إِلَيَّ فيه، وَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ: أَخِي وَٱبْنُ وَلِيدَةِ أَبِي، وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ـ ﷺ ـ: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ؛ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»[2]؛ فدلَّ على ثبوته بقولِ الواحِدِ، وإنَّمـا يثبت نسبُ المُقَرِّ به، إذا

---

(١) تَسَاوَقَا: تَسَايرا، أو تقارنا. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٤٦٧).

(٢) ورد الحديث عن جمع من الصحابة منهم عائشة وأبي هريرة وعثمان وابن مسعود وأبي أمامة.

أما حديث عائشة:

فأخرجه البخاري (٤/ ٣٤٢) كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات (٢٠٥٣)، كتاب الخصومات، باب: دعوة الوصي للميت (٢٤٢١).

وأخرجه أيضاً برقم (٢٢١٨، ٢٥٢٣، ٢٧٤٥، ٤٣٠٣، ٦٧٤٩، ٦٧٦٥، ٦٨١٧، ٧١٨٢). ومسلم (٢/ ١٠٨٠)، كتاب الرضاع، باب: الولد للفراش، وتوقي الشبهات (١٤٥٧/ ٣٦). وأبو داود ١/ ٦٩٢، كتاب الطلاق، باب: الولد للفراش (٢٢٧٣)، والنسائي (٦/ ١٨٠)، كتاب الطلاق، باب: إلحاق الولد بالفراش؛ وابن ماجه ١/ ٦٤٦، كتاب النكاح، باب: الولد للفراش (٢٠٠٤)؛ والدارمي (٢/ ١٥٢)، كتاب النكاح، باب: الولد للفراش؛ والدارقطني (٤/ ٢٤١)، كتاب الأقضية والأحكام (١٣٣ ـ ١٣٦)؛ ومالك في الموطأ (٢/ ٧٣٩) كتاب الأقضية، باب: القضاء بإلحاق الولد بأبيه؛ وأحمد في المسند (٦/ ٣٧، ١٢٩، ٢٠٠، ٢٢٦، ٢٣٧، ٢٤٦ ـ ٢٤٧)؛ والبغوي في شرح السنة (٥/ ١٩٨)، كتاب الطلاق، باب: الولد للفراش (٢٣٧١ ـ بتحقيقنا)؛ والبيهقي في السنن (٧/ ٤١٢)؛ والطحاوي (٣/ ١٠٤)؛ والقضاعي في مسند الشهاب كما في فتح الوهاب للغمادي ١/ ٢٥٠ (٢٠٠).

أما حديث أبي هريرة:

فأخرجه أحمد (٢/ ٢٣٩، ٢٨٠، ٣٨٦، ٤٠٩، ٤٦٦، ٤٧٥، ٤٩٢)؛ والبخاري (١٢/ ٣٣)، كتاب الفرائض، باب: الولد للفراش (٦٧٥٠) و ١٢/ ١٣٠، كتاب الحدود/ باب للعاهر الحجر (٦٨١٨)؛ ومسلم ٢/ ١٠٨١، كتاب الرضاع، باب: الولد للفراش (١٤٥٨)؛ والنسائي ٦/ ١٨٠، كتاب الطلاق، باب: إلحاق الولد بالفراش؛ والترمذي (٣/ ٤٦٣)، كتاب الرضاع، باب: ما جاء أن الولد للفراش (١١٥٧)؛ وابن ماجه (١/ ٦٤٦، ٦٤٧)، كتاب النكاح، باب: الولد للفراش (٢٠٠٦)؛ والدارمي ٢/ ١٥٢ كتاب النكاح. باب: الولد للفراش، والبيهقي (٧/ ٤١٢)، كتاب اللعان، باب: الولد للفراش؛ والحميدي ١٠٨٥؛ والقضاعي في مسند الشهاب (٢٨٢، ٢٨٣)؛ وعبد الرزاق في المصنف ٧/ ٤٤٣ (١٣٨٢١)؛ والخطيب في التاريخ (٤/ ٢٩٥).

رواه أبو داود (١/ ٦٩٢)، كتاب الطلاق، باب: الولد للفراش (٢٢٧٥)، حدثنا موسى بن إسماعيل، ثنا مهدي بن ميمون أبو يحيى ثنا محمد بن عبد الله بن أبي يعقوب عن الحسن بن سعد مولى الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن رباح قال: زوجني أهلي أمة لهم رومية فوقعت عليها فولدت غلاماً أسود مثلي فسميته عبد الله ثم وقعت عليها فولدت غلاماً أسود مثلي فسميته عبيد الله ثم طبن لها غلام لأهلي رومي يقال له يوحنه فراطنها بلسانه فولدت غلاماً كأنه وزغة من الوزغات فقلت لها ما هذا؟ =

. . . .

= فقالت: هذا ليوحنة فرفعنا إلى عثمان أحسبه قال مهدي قال: فسألهما فاعترفا وقال لهما: أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله - ﷺ -؟ إن رسول الله - ﷺ - قضى أن الولد للفراش وأحسبه قال: فجلدها وجلده وكانا مملوكين.
ورواه الطحاوي (٣/ ١٠٤) مختصراً.
وذكر نحوه الهيثمي في مجمع الزوائد (٥/ ١٦) وفيه أن عثمان رفعهما إلى علي فقضى فيهما بقضاء رسول الله - ﷺ - أن الولد للفراش وللعاهر الحجر وجلدهما خمسين خمسين.
وقال الهيثمي رواه أحمد والبزار وفيه الحجاج بن أرطأة وهو مدلس وبقية رجال أحمد ثقات» اهـ.
أما حديث ابن مسعود:
رواه النسائي (٦/ ١٨١) كتاب الطلاق، باب: إلحاق الولد بالفراش؛ وأبو يعلى في مسنده ٩/ ٨٠ (٥١٤٨)؛ وابن حبان كما في موارد الظمآن (١٣٣٦)؛ والخطيب في تاريخ بغداد (١١/ ١١٦).
أما حديث أبي أمامة رواه أحمد (٥/ ٢٦٧)؛ وابن ماجه (١/ ٦٤٧)، كتاب النكاح، باب: الولد للفراش (٢٠٠٧).
وورد أيضاً من حديث ابن الزبير:
أخرجه النسائي (٦/ ١٨٠ - ١٨١)، كتاب الطلاق، باب: إلحاق الولد بالفراش. ورواه الطبراني في الأوسط قال الهيثمي في المجمع (٥/ ١٨): «رجاله ثقات».
ورواه ابن ماجه (١/ ٦٤٦) كتاب النكاح، باب: الولد للفراش (٢٠٠٥)؛ والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/ ١٠٤)؛ والبيهقي في السنن (٧/ ٤٠٢)، كتاب اللعان، باب: الولد للفراش؛ وأبو يعلى ١/ ١٧٧ (١٩٩) كلهم من طريق ابن عيينة عن عبيد الله بن أبي يزيد عن أبيه عن عمر بن الخطاب.
- وحديث علي بن أبي طالب:
قال الهيثمي في المجمع ٥/ ١٦:
«رواه أحمد والبزار وفيه الحجاج بن أرطاة وهو مدلس وبقية رجال أحمد ثقات» اهـ. وهو في المسند ١/ ١٠٤.
وقال البزار كما في كشف الأستار ٢/ ١٩٧ (١٥١٠):
«لا نعلمه عن علي إلا بهذا الإسناد وأحسب الحجاج أخطأ فيه، إنما رواه الحسن بن عبد الله بن أبي يعقوب في إسناد له عن الحسن بن سعد عن رباح عن عثمان».
- وحديث سعد بن أبي وقاص أن النبي - ﷺ - قضى بالولد للفراش.
رواه البزار كما في كشف الأستار ٢/ ١٩٧، ١٩٨ (١٥١١)، حدثنا محمد بن عبد الرحيم ثنا يعقوب بن محمد، ثنا عبد العزيز بن عمران، عن أبيه عن بكير بن مسمار عن عامر بن سعد عن أبيه به.
قال البزار: لا نعلمه عن سعد إلا بهذا الإسناد.
قال الهيثمي في المجمع ٥/ ١٦:
«فيه عبد العزيز بن عمران وهو متروك» اهـ.
- وحديث ابن عمر رواه البزار (١٥١٢ كشف الأستار)، وفيه سنان بن الحارث.

لم يكُن الأبُ قَدْ نَفَاهُ، فإنْ كان الأبُ قد نفاه ـ: لا يثبُتُ نسبُهُ بإقرارِ وارثِهِ مِنْ بعده؛ لأنَّه يلحقُ به نَسباً حكم ببطلانه، وإذا مَاتَ رجُلٌ عنِ ٱبنين: أحدُهُما: عاقلٌ، والآخر مجنونٌ، أو أحدهما بالغٌ، والآخر صغير، فأقرَّ العاقلُ بٱبْنٍ آخَرَ ـ: لا يثبتُ حتّى يفيقَ المجنون، ويبلغ الصبيُّ؛ فيقرُّ به؛ حينئذٍ: يثبت، فإنْ مات الصبيُّ والمجنونُ قبل البلوغ ـ نظر: إنْ لم يكُنْ له وارثٌ سِوَىٰ هذا الابن المُقِرُّ ـ: يثبتُ نسبه مِنْ غير ٱستئناف إقرارٍ، وإنْ كان له وارثٌ سواه ـ: فلا يثبت إلاَّ بإقرارهم جميعاً.

ولو مات عَنِ ٱبْنَيْنِ بالغَيْنِ، فأقرَّ أحدُهُمَا بٱبْنٍ آخَرَ للميِّت، وأنكر الآخر، ثم مات المُنْكِرُ، ولم يكُنْ له وارثٌ سوَىٰ هذا الأخِ:

= قال الهيثمي في المجمع ٥/١٦: «فيه سنان بن الحارث ولم أعرفه وبقية رجاله ثقات».
ـ وحديث معاوية:
أخرجه أبو يعلى ١٣/ ٣٨٢ ـ ٣٨٤ (٧٣٨٩).
قال الهيثمي ٥/ ١٧: «رواه أبو يعلى وإسناده منقطع ورجاله ثقات».
وذكره الحافظ في المطالب العالية ٢/ ٦٨ ـ ٦٩ (١٦٧٥) وعزاه لأبي يعلى.
ـ وحديث الحسن رواه أحمد ٢/ ٤٩٢ حدثنا محمد بن جعفر ثنا عوف عن الحسن قال بلغني أن رسول الله ـ ﷺ ـ قضى أن الولد لصاحب الفراش وللعاهر الحجر». قال الهيثمي في المجمع ٥/ ١٦:
«رواه أحمد مرسلاً ورجاله رجال الصحيح».
ـ وحديث ابن عباس:
رواه الدارقطني ٢/ ١٤٢ كتاب زكاة الفطر (١٨)؛ والطبراني ١١/ ١٨٣، (١١٤٣٤) من طريق داود بن شبيب ثنا يحيى بن عباد السعدي عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس أن النبي ـ ﷺ ـ قال، فذكر، قال الهيثمي ٥/ ١٧:
«فيه يحيى بن عباد السعدي وهو ضعيف وقال داود بن شبيب وكان من خيار الناس وبقية رجاله ثقات».
ـ وحديث البراء بن عازب وزيد بن أرقم
رواه الطبراني في الكبير ٥/ ١٩١ (٥٠٥٧).
قال الهيثمي ٥/ ١٨: رواه الطبراني وفيه موسى بن عثمان الحضري وهو ضعيف».
ـ وحديث عبادة بن الصامت:
قال الهيثمي في المجمع ٥/ ١٨: رواه الطبراني وأحمد في حديث طويل وإسناده منقطع».
ـ وحديث أبي مسعود: رواه الطبراني في الكبير وقال الهيثمي في المجمع ٥/ ١٨: وفيه من لا يعرف» اهـ.
ـ وحديث واثلة بن الأسقع:
رواه الطبراني في الكبير ٢٢/ ٨٣ (٢٠١)
قال الهيثمي في المجمع ٥/ ١٨: «وفيه جناح مولى الوليد وهو ضعيف».
ـ وحديث أبي وائل رواه الطبراني كما في المجمع ٥/ ١٨: «وقال: مرسل ورجاله ثقات».

قال الشيخُ ـ رحمه الله ـ: إنْ كان له وارثٌ آخرُ، فأقرَّ به ـ: هَلْ يثبت نسبه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يثبت؛ لأنَّه صار جميعُ المِيراثِ له.

والثاني: لا يثبُتُ؛ لأنَّ الجاحد أبطَلَ حُكْمَ النسبِ بالجحودِ، كما لو نَفَى الأبُ نسبه باللِّعَانِ، أو جحد نسباً، فنفاه عن نفسه ـ: لم يَجُزْ لوارثه ٱستلحاقُهُ.

ولو مات عن ٱبْنٍ، فأقرَّ لرجلَيْن أنهما أخواي، وصدَّق كلُّ واحدٍ صاحبَهُ ـ: يثبُتُ نسبهما، فلو أنَّهما تكاذَبَا، وأنكر كلُّ واحد نسب الآخرِ ـ: هل يثبُتُ نسبهما؟ فيه وجهان:

أصحهما: يثبُتُ؛ لوجود الإقرار لهما ممَّنْ يحوزُ التركة.

والثاني: لا يثبُتُ؛ لأنَّه في الحقيقةِ إقرارُ أحدِ الابنين.

وإن صدَّق أحدهما صاحبه، وكذَّب الآخر ـ: يثبت نَسَبُ المصدِّق دون المكذِّب.

ولو مات عَنِ ابنٍ، فأقَرَّ بنسب ابْنٍ آخَرَ، وأنكر المُقرُّ له نسب المُقِرِّ ـ: لا يقبل قوله في رَدِّ نسب المُقِرِّ، وهل يثبت نسَبُ المقر له؟ فيه وجهان:

أصحهما: يثبت؛ لأنه أقرَّ به مَنْ حاز التركة.

والثاني: لا يَثْبُتُ؛ لأنَّ ـ بزعمه ـ أنَّ المقر ليس بوارث؛ فلا يصحُّ إقراره، ولو مات عَنِ ٱبْنٍ، فأقر بنسب مجهول، ثم هما أقرا بنسبِ ثالثٍ، وأنكر الثالثُ نسَبَ المجهولِ الأوَّل، فَنَسَبُ الثالثِ ثابتٌ، وهلْ يسقط نسَبُ المجهولِ الأوَّل؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يسقط؛ لأنَّ الثالثَ ثَبَت نسبه بإقرارهما؛ فلا يجوزُ أنْ يسقط نسب الأصْلِ بالفَرْعِ.

والثاني ـ وهو الأصح ـ: يسقُطُ؛ لأنَّ الثَّالِثَ يثبُتُ نسبه، فٱعْتُبِرَ إقراره في ثبوتِ نَسَبِ الثاني، ولو أقرَّ الابْنُ الوارثُ بنسب أحدِ التوءمين ـ: يثبُتُ نسبهما؛ لأن التوءمين لا يتفرَّقان في النسب، فإنْ أقرَّ بهما، وكذَّب أحدهما الآخر ـ: لم يؤثِّر التكذيبُ في نَفْيِ نسبهما.

هذا كلُّه كلامٌ في النسب.

أما الميراثُ: فهلْ يثبُتُ للمقر به؟ نظر: إن كان المقر به لا يحجبُ المقرَّ عن الميراث ـ: يَرِثُ معه؛ كالابْنِ يُقِرُّ بِٱبْنٍ آخَرَ للميِّت، أو مَيِّت يشاركُهُ في الميراث، وإنْ كان يحجبُهُ ـ: فلا يرثُ: مِثْلُ: إنْ مات رجُلٌ عن أخ أو عَمٍّ أو معتقٍ، فأقَرَّ بِٱبْن للميِّت ـ: يثبت النسب، ولا يثبُتُ الميراثُ؛ لأنَّا لو ورَّثْناهُ ـ: صار المقرُّ محجوباً، وإقرارُ المحجوبِ

بالنسب لا يقبل بإثبات الميراث له؛ فيجر إلى سقوطه وسقوط نسبه؛ فأثبتنا النَّسَبَ، وأسقطنا الميراث.

وقال ابن سُرَيْج: يرثُ المقر به، ويحجب المقرّ؛ لأن حجبه لو كان يسقط إقراره ـ: لكان لا يقبلُ إقرار الابْنِ، بأبْنٍ آخر، وإذا قبل لكان لا يُشاركه في الميراثِ؛ لأنَّ المقرَّ يصير محجوباً عَنْ بَعْضِ الميراثِ؛ فلا يكونُ الإقرارُ ممَّنْ يحوزُ جميعَ التركة.

والأوّل المذهَبُ؛ لأنَّ الابن إذا أقرَّ بابْنٍ آخَرَ، وصدَّقه المقر به ـ: كان إقراراً ممَّنْ يأخذُ جميعَ الميراث.

ولو أقرَّ أخُ الميِّت بأبنةٍ للميِّت ترثُ معه؛ فلها النصْفُ، والباقي للأخِ؛ لأنَّ إقرار الوارِث بمَنْ يزاحمُهُ، ولا يحجبه ـ: لا يمنع الميراث.

ولو مات عَنْ بنتٍ هي معتقةُ الأب، فأقرَّتْ بولدٍ للميت ـ: يثبت النسبُ، وهَلْ يرثُ المقر به؟ نظر: إن كان المقرُّ به أنثىٰ ـ: يرث، فالثلثان بينهما والباقي لمعتقه، وإنْ كان المقرُّ به ذكراً ـ: هل يرث؟ فيه وجهان:

أحدهما: يرثُ؛ فيقسمان التركة؛ للذَّكَرِ مثْلُ حَظِّ الأنثيين؛ لأن توريثهُ لا يسقطُها عن عصوبة الولاء بالكليَّة؛ كما لو مات عن ابنةٍ ومعتقٍ، فأقرَّ بأبْنٍ للميت ـ: لم يرثْ؛ لأنه يحجب المعتق.

ولو ادَّعى على رجلٍ بأنّي أبْنُ أخيك الميِّت، وأقام عليه بيِّنَةً ـ: ثبت النسبُ والميراثُ، وصار الأخُ محجوباً، وإنْ لم يُقِمْ بيِّنَةً، وأنكر المدعىٰ عليه، ولم يحلفْ، وحلَفَ المدَّعي ـ: ثبت نسبه، وهل يرث؟

إنْ قلنا: النكولُ ورَدُّ اليمينِ بمنزلة الإقرارِ ـ: لم يرثْ، وإن قلنا: بمنزلةِ البيِّنةِ مِنَ المدعي ـ: وَرِثَ، وصارَ الأخُ محجوباً، وعلى هذا: لو مَاتَ رجُلٌ عَنْ أخٍ، وله عبدانِ أعتقهما الأخُ، ثم جاءتِ أمرأة، وادَّعَتْ أنها زوجَةُ الميِّت، وهي حاملٌ منه، فأنكر الأخ، فشهد المعتقانِ للزَّوْجَةِ ـ: تثبتُ الزوجيَّةُ ونَسَبُ الولد من الميِّتِ، ولا ميراثَ للولد، وكان أبْناً؛ لأنَّا لو ورَّثناه صارَ الأخُ محجوباً، وإذا صار محجوباً ـ لم يصحَّ إعتاقه للعبدَيْن، ولم تصحَّ شهادتهما، فإذا بَطَلَتْ شهادتهما ـ: لم تَثْبُتِ الزوجيَّةُ والنَّسَبُ؛ فأثبتنا النسب، وأسقطْنا الميراثَ، وإنْ كان الولد بِنْتاً ـ: هل تَرِثُ؟ نُظِرَ: إن كان الأخُ مُعْسِراً يوم الإعتاقِ ـ: لم ترثْ؛ لأنها لو ورثَتْ لم ينفكَّ عتقُ الأخ إلاَّ في الفضلِ عن فرضِ البنتِ، وبقي الباقي رقيقاً، ففيه إبطالُ شهادتهما، وإنْ كان الأخ موسراً يوم الإعتاقِ، إن قُلْنا: السرايةُ تقعُ بنفْسِ الإعتاقِ ـ: ترثُ البنتُ؛ لأنَّ توريثها ـ: لا يمنع من تكميلِ العتقِ، وإنْ قلنا: تقعُ السرايةُ بأداءِ القيمة ـ: لم ترثِ المرأةُ، ولا البنتُ؛ لأنه يمنع تكميل العتقِ حالة الشهادة.

قال الشيخُ: إذا كان للميِّتِ أَخٌ وزوجةٌ، فأقرا بابْنٍ للميّتِ ـ: ثَبَتَ النسبُ، ولا ميراثَ للابْنِ، ويكونُ للزوجة الربُعُ، وإن كان عندها أنَّ الابْنَ يحجبها إلى الثُّمن؛ كما أنه يورث الأخ، وإن كان عنده محجوباً بالابْنِ، وكما جعلنا الابْنَ كالمعدوم في ميراثِ الأخِ، كذلك: في حَقِّ الزوجة حتَّىٰ لو ماتَتِ امرأةٌ عن زَوْجٍ وأُمٍّ وأُخْتٍ ـ: فالمسألة عائلةٌ من ستَّةٍ إلى ثمانيةٍ؛ فلو أقرُّوا بابن للميِّت ـ: ثبت نسَبُهُ، ولا ميراثَ له؛ لأنَّا لو ورَّثناه صارَتِ الأختُ محجوبةً، وتقسم التركة بيْنَهُمْ على العَوْلِ؛ كما تقسَّم عند عدم الابْنِ، وإن كان الابنُ لو وَرِثَ لم تكن تعول المسألةُ.

ولو مات عَنْ زوجةٍ وأخٍ، فأقرَّتِ الزوجةُ بأبْنٍ للميت، فأنكر الأخ ـ: لم يثبت النسبُ والزوجةُ ماذا تأْخُذُ؟ نُظِرَ: إنْ كانت التركةُ في الأخ ـ: فلا يأخذ إلاَّ الثمن؛ لأنها مُنْكِرةٌ للزيادة، وإن كانتْ في يدها ـ: فالأخُ لا يأْخُذ إلاَّ ثلاثة أرباعِهَا، ثم الزيادَةُ على الثمن ـ: هل يترك في يدها؟ فيه وجهان، قد ذكرنا أنَّه إذا مات عن ابنين، أقرَّ أحدهما بابْنٍ ثالثٍ، وأنكر الآخر ـ: لا يثبت النسب، وكذلك: لا يثبتُ الميراثُ له؛ فيأخذُ نصف ما في يد المقرِّ؛ لأنه يقر أنَّهما في الميراثِ سواء، وجعل كأنَّ المُنْكِرَ وما في يده لم يكُنْ.

وقال أبو يوسُفَ ومحمَّد: يَأْخُذُ ثُلُثَ ما في يد المُقِرِّ بتفاوتِ ما بين فَرْضية الإقرار والإنكار.

وعندنا: لا ميراث له؛ لأنه توريثٌ بالنسب، والنسبُ غَيْرُ ثابت، فيستحيلُ ثبوتُ الميراث.

ولو ادعَىٰ رجلٌ نسَبَ عَبْدٍ في يده، وقال: هذا ابْنِي ـ نظر: إن كان صغيراً، وكان مجهولَ النسب ـ: ثبت نسبه، ويحكم بعتقه، وهلْ يكُونُ عليه ولاؤه؟ فيه وجهان:

وإنْ كان كبيراً ـ نظر: إن كان أكبَرَ سِنًّا منه ـ: فلا حكم لقوله، ولا يعتق به؛ وكذلك: لو قال لِمَنْ هو أصغرُ سنًّا مِنْهُ: هذا أبي ـ: لا يعتقُ.

ولو قال: هذا أبْنِي، وكان في سِنٍّ يتصوَّر أن يكون مثْلُهُ ولداً له، وأقرَّ به للعبد ـ: ثبَتَ النسَبُ والحريَّةُ، فإنْ كذَّبه العبْدُ ـ: لا يثبت النسبُ، وهل يحكَمُ بعتقه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا نحكُمُ بعتقه؛ كما لو قال لِمَنْ هو أكبَرُ سِنًّا منه؛ لأن الحريَّة تترتَّب على النسب، فإذا لم يثبُت النسبُ ـ: لا تثبت الحرية.

والثَّاني: نَحكُمُ بعتقه؛ لأنَّ ثبوت النسب ـ ههنا ـ محتملٌ.

وكذلك: لو كان العبدُ معروفَ النسب من غيره، فقال السيِّد: هذا ابني ـ: لا يثبت النسب، وفي العِتْقِ وجهان.

فَصْــلٌ

رَجُلٌ له جاريةٌ، ولها ولد، فقال: هذا وَلَدي مِنْ هذه الجارية ٱستولَدتُّها في مِلْكي ـ: يثبت النسبُ للولد، ولا ولاءَ عليه، وتكونُ الجاريةُ أُمَّ ولدِهِ؛ تعتق بموته، سواءٌ وجد هذا الإقرار في الصِّحة، أو في المرضِ.

ولو قال: هذا ولدِي مِنْ هذه الجاريةِ، ولم يَزِدْ عليه ـ: ثبَتَ نسبُ الولدِ، وهَلْ تكُونُ الجاريَةُ أُمَّ ولد له؟ لا؛ لأن الظاهر أنه ٱستولَدَها في المِلْكِ.

والثاني: لا تكونُ أمَّ ولد له؛ لاحتمالِ أنَّه ٱستولدها بملكِ النكاحِ، ثم ٱشتراها، ولو قال: هذا وَلَدِي مِنْ هذه الجاريةِ ولدتُّهُ في ملكي، هل تكونُ أُمَّ ولد له؟ قيلَ: فيه قولانِ؛ كالأول، وقيل: ههنا: تصيرُ أمَّ ولد له؛ لأنَّهُ أضاف الولادة في المِلْك، ولا تصيرُ به أُمَّ ولد، فإنْ قلنا: تصيرُ أمَّ ولد له، فلا ولاءَ على الولدِ، وإلاَّ فيثبُتُ، وعلى هذا: لو قال لجاريته ـ: هذه أمُّ ولدي أو التي أولَدتُّها في ملكي ـ: لا يجوز له بيعها، وقال: أولدتها بالنكاحِ ـ: جاز له بيعها، ولو قال: أمُّ ولدي، ولم يزدْ عليه، هل يجوزُ له بيعها؟ فيه قولان:

أحدهما: يجوزُ، ويُحْمَلُ على الاستيلادِ بملْكِ اليمينِ، وإذا كان لرَجُلٍ أمَتَانِ؛ لكلِّ واحدةٍ ولدٌ، فقال المولَىٰ: أحد هذين وَلَدِي ـ: يُؤْمر بالتَّعْيين؛ وذلك إذا لم يكونا مزوَّجين، فإن كانتا فراشاً: فإنْ أقرَّ بوطئهما جميعاً ـ: فالولدانِ يلحقان به، وإنْ كانت إحداهما فِرَاشاً ـ: فلا يتعيَّن إقرارُهُ في ولد المستفرشة، بل يُقالُ له: عيِّنْ، فإن عيَّنَ في الأخْرى، فهما ملحقانِ به، وإن كانَتَا مزوَّجَتَيْنِ ـ: فلا يقبَلُ قوله، والولدان ملحقان بالزوجَيْن، فإنْ كانَتْ إحداهما مزوَّجة ـ: لا يتعيَّن إقرارُهُ في غَيْر المزوَّجة، بل يؤمَرُ بالتعيين، فإنْ عيَّن في ولد المزوَّجة ـ: لم يقبَلْ، وإنْ عيَّنَ في ولد الأخرى ـ: ثبت نسبه مِنه، فإذا لم يكونَا مزوَّجتين، ولم يكونَا فراشاً، وأمَرْنَاهُ بالتعيين، فإذا عيَّن في أحدهما ـ: ثبت نسبه، وهل تصير أمتُهُ أُمَّ ولد له؟ نُظِرَ: إن قال: استولدتُها بملْكِ اليمينِ ـ: صارَتْ أمَّ ولد له، ولا ولاءَ على الولد، لأنَّه خُلِقَ حُرًّا، وإنْ قال: استولدتها بملك النكاح ـ: لم تصرْ أُمَّ ولد له، والولَدُ عَتَقَ عليه بالمِلْكِ، وعليه الولاء، وإنْ قال: بوطْءِ شبهة ـ: فهل تصيرُ أمَّ ولد له؟ فيه قولان.

وإن أطلق: يُحْمَلُ على الاستيلادِ بملْكِ اليمين؛ لأنه الظاهر من أمر المملوكةِ؛ فحيث حكمنا بتصييرها أمَّ ولد له: فلا ولاءَ على الوَلَـد، وإلاَّ فيثبُتُ.

وإنْ قال: ٱستولدتها بالزنا ـ: لا يقبل هذا التصيير، وهو كالإطلاق؛ فإنْ وصل باللفظ ـ: فلا يثبتُ النسب، ولا أمومَةُ الولد، ثم إذا عيَّن في ولد إحداهما ـ: فللأخرى أن تدَّعِي عليه، والقَوْلُ قولُ السَّيِّد مع يمينه، فإنْ نكَلَ حلَفَتْ هي، وحكم بحرية ولدها، وهل تصيرُ أُمَّ ولد؟ فعلى التفصيل الذي ذكَرْنَا وإن مات السَّيِّد قبل التعيين ـ: قامَ وارثُهُ مقامه في

التعيين، فإن عيَّن في إحداهما ـ: فهو كتعيين المورث، وللأخرى أن تدَّعِيَ عليه، وإنْ لم يَكُنْ له وارثٌ، أو قال الوارث: لا أعْلَمُ ـ: أرى الولدان القائف؛ فأيّهما لحقه ـ: كان حُرًّا، وثَبَتَ النَّسَبُ مِنْهُ، ويرث، وهل تصيرُ الأمُّ أمَّ ولدٍ له؟ حكمه حكْمُ ما لو أطلق السيِّد، إن لم يكن السيِّد بيَّن النسب.

وإن لم يكنْ قائفٌ ـ: أُقْرِعَ بينهما؛ فمن خرجَتْ قرعتُهُ ـ: حكم بحريته، وفي تصييرها أمَّ ولدها قولا الإطلاق، ولا يحكمُ بثبوتِ نسبِ مَنْ خرجَتْ قرعته، ولا ميراثَ له؛ لأنه لا مَدْخَلَ للقُرْعة في النسب والميراثِ، ولا يوقفان؛ حتَّىٰ يبلغا فينسبا، بخلافِ ما لو تنازَعَ رجُلَانِ في ولد، ولم يوجَدْ قائفٌ؛ حتىٰ يبلغ الولد، فينسب إلى أحدِهما؛ لأنَّ ـ ههنا ـ ربَّما ينسب كلٌّ واحد منهما إليه؛ وحينئذٍ: لايكون أحدهما أولىٰ به مِنَ الآخر، وهلْ يوقَفُ مِنْ تركته ميراث ابن؟ فيه وجهان:

أحدهما: يُوقَفُ؛ كما لو طلّق إحدىٰ امرأتيه لا يعيِّنها، ومات قبل البيان، فيوقَفُ لهما ميراثُ زوجةٍ.

والثاني: لا يُوقَفُ؛ لأنَّ النسب لم يتحقَّق ههنا، وهناك: الزوجةُ كانَتْ حقيقةً.

ولو كانَتْ لرجلٍ أمةٌ، لها ثلاثةُ أولادٍ، فقال: أحدُ هؤلاءِ ولدي ـ: يؤمَرُ بالتعيين؛ فإنْ عيَّنَ في الأصغر ـ: ثبت نسبه وحريَّتُهُ وميراثُهُ، وفي ثبوتِ الولاءِ عليه وثبوتِ أمومةِ الولدِ للأمِّ: ما ذكرنا من التفصيلِ، والولدُ الأكبرُ والأوسطُ رقيقانِ، فإنْ عَيَّن في الأوسط ـ: ثبت نسبه وحريته وميراثُهُ، والابْنُ الأكبر رقيقٌ، أمَّا الأصغرُ نصَّ أنه يعتقُ بموتِهِ؛ لأنَّه ولده، والولاءُ يخرجُ على التفصيلِ الذي ذكرنا، فإنْ قال: اَستولدتها بالأوسَطِ بملْكِ النكاحِ ـ: فالأصغرُ رقيقٌ لا يعتقُ بالمَوْتِ كالأمِّ، وعلى الأوسط، الولاءُ، وإن اَستولدها بملْكِ اليمين ـ نظر: إن ادعى الاستبراءَ عقِيبَ وَضْعِ الأوسطِ ـ: فالأصغَرُ رقيقٌ غَيْرُ ثابتِ النَّسبِ منه، غَيْرَ أنه ولدُ أُمِّ يعتقُ بموته كالأمِّ، وإنْ لم يَدَّعِ الاستبراءَ ـ: فوجهان:

أصحُّهما: أنَّ الأصغَرَ ملحَقٌ به؛ كالأوسط: يرثان منه.

والثاني: هو أنَّه ولَدُ أمٍّ والولد غيْرُ ثابت النسب يعتقُ بموته؛ لأنَّ الاستبراءَ حَصَلَ بالأوسط.

وإن اَستولدها بالأوسطِ بوطْء الشبهة: إن قلنا: الأُمُّ لا تَصِيرُ أمَّ ولد له ـ: فالأصغَرُ رقيقٌ؛ يحلُّ بيعه.

وإنْ قلنا: تصيرُ أمَّ ولد ـ: فهو ولدُ أمِّ الولدِ يعتقُ بموته، وإنْ أطلق ـ فيحملُ على الاستيلادِ بمِلْكِ اليمين، أمْ بملْكِ النكاح؟ فعلى القولَيْن.

وإن عيَّن في الولد الأكبرِ ـ: ثبت نسبُهُ وحرِّيَّته وميراثُه، وفي حريَّةِ الأوسطِ والأصغرِ: ما ذكرنا من التفصيل.

ولو مات السيِّد قبل التعيين ـ: قام وارثُهُ مقامَهُ، وإن لم يكُنْ له وارثٌ ـ: يرى القائف بنيه، فأيّهم ألحقه به ـ ثَبَتَ نسبه وميراثُهُ في حكم الآخرين ـ على ما سبَقَ من التفصيل؛ فإن لم يكن قائفٌ أو لم يُعْرَفْ ـ: يُقْرَعُ بينهم، فمَنْ خرجَتْ قرعتُهُ ـ: حُكِمَ بحرِّيته، ، والأمُّ هل تكونُ أمَّ ولدٍ له؟ فعلى القولين:

المنصوصُ: أنها أُمُّ ولده، ولا يثبت النسبُ ولا الميراثُ، وهلْ يوقَفُ الميراثُ؟ فيه وجهان.

قال الشيخُ ـ رحمه الله ـ: وإذا خرجَتِ القرعةُ للأكبرِ ـ: فحُكْمُ الأصغرَيْن حُكْمُ الأُمِّ في الحرية.

واختار المزنيُّ: أنه يوقَفُ الميراثُ، فإن كان له ابْنٌ معروفٌ ـ: يدفع إليه رُبُعُ الميراث، ويدفع الرُّبُعُ إلى الأصغر؛ لأنه ولدٌ بكلِّ حال، ويوقَفُ للأكْبَر، والأمر على ما ذكر إذا حَمَلْنا الاستيلاد علىٰ مِلْكِ اليمين، ووقَفْنا الميراث.

وقال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: عَتَـق الأصغرُ كلُّه؛ لأنَّه حرٌّ بكُلِّ حالٍ، وعتَقَ مِنَ الأوسط ثلثاه؛ لأنَّه حُرٌّ في الحالَتَينِ، رقيقٌ في حالةٍ أخرى إذا عَيَّن فيه أو في الأكْبَرِ، رقيقٌ إذا عيّن في الأصغر، وعَتَقَ من الأكبر ثلثُهُ؛ لأنه حُرٌّ في حالة، وهي: إذا عين فيه، رقيقٌ في حالتَيْنِ، وهو: إذا عيّن في الأوسط، أو في الأصغر، قال: ويَعْتقُ مِنَ الأمِّ بعد موته ثلثاها؛ لأنَّه عَتَقَ مِنْ أولادها الثلثانِ، واللَّهُ أعلَمُ.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الْعَارِيَةِ[1]

رُوِي عَنْ أُمَيَّةَ بْنِ صَفْوَانِ، عَنْ أَبِيه؛ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - اسْتَعَارَ مِنْهُ أَدْرَاعَهُ يَوْمَ حُنَيْنٍ، فَقَالَ: أَغَصْباً يَا مُحَمَّدُ! قَالَ: «بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ»[2].

العاريَّةُ: أن تأخذ عَيْناً من المالِكِ؛ لتنتفع به وتَرُد.

(١) العارية لغة مشددة الياء على المشهور، وحكى الخَطَّابي وغيره تخفيفها، وجمعها: عواري بالتشديد والتخفيف.

قال ابن فارسٍ: ويقال لها: العارة أيضاً.

قال الشاعر: [الطويل]

فَـأَخْلِـفْ وَأتلِـفْ إِنَّمَـا المَـالُ عَـارَةٌ وَكُلْـهُ مَـعَ الـدَّهْـرِ الَّـذِي هُـوَ آكِلُـهْ

قال الأزهري: هي مأخوذة من عَارَ الشيء يعير: إذا ذهب وجاء، ومنه قيل للغلام الخفيف: عَيّار، وهي مَنْسُوبَةٌ إلى العارة، بمعنى: الإعارة، وقال الجوهري: هي منسوبة إلى العَارِ؛ لأن طلبها عار وعيب.

وقيل: هي مشتقة من التعاور، من قولهم: اعتوروا الشيء، وتعاوروه، وتعوَّروه: إذا تداولوه بينهم.

وحاصل الأمر أن العارية: تداول الشيء عارية: أعطاه إياه، فعل به مثل ما فعل صاحبه على أن يعيده.

انظر: الصحاح ٢/ ٧٦١، لسان العرب ٤/ ٦٢٢.

اصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها: تمليكُ المنافع بغير عِوَضٍ، أو هي إباحة الانتفاع بملك الغير.

عرفها الشافعيةُ بأنها: اسم لإباحة منفعة عين مع بقائها، بشروط مخصوصية.

عرفها المالكيةُ بأنها: تمليكُ منفعة مؤقتة لا بِعوَضٍ.

عرفها الحنابلةُ بأنها: العَيْنُ المُعَارةُ من مالكها، أو مالك منفعته! أو مأذونها في الانتفاع بها مطلقاً، أو زَمَناً مَعْلوماً بلا عوض.

انظر: تبيين الحقائق (٥/ ٨٣)، المحلى على المنهاج (٣/ ١٧)، مواهب الجليل (٥/ ٢٦٨)، كشاف القناع (٤/ ٦٢)، أسهل المدارك (٣/ ٢٩)؛ مجمع الأنهر (٢/ ٣٤٥ ـ ٣٤٦).

(٢) أما الحديث بلفظ: بل عارية مضمونة.

فأخرجه أحمد (٣/ ٤٠١)؛ وأبو داود (٣/ ٨٢٢)، كتاب البيوع: باب تضمين العارية، حديث (٣٥٦٢)؛ =

والإعَارَةُ: قُرْبَةٌ مندوبٌ إليها، وتَصحُ ممَّنْ هو جائزُ التصرُّف.

وكلُّ عَيْنٍ: جازَتْ إعارتُها، وهي مما يمكنُ الانتفاع بها مع بقاءِ عينها؛ كالدُّور،

= والدارقطني (٣/ ٣٩)، كتاب البيوع، حديث (١٦١)؛ والحاكم (٢/ ٤٧)؛ والبيهقي (٦/ ٨٩)، كتاب العارية: باب العارية مضمونة، كلهم من طريق شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه أن رسول الله ـ ﷺ ـ استعار منه أدراعاً يوم حنين فقال: أغصب يا محمد فقال: لا بل عارية مضمونة.

وأخرجه أبو داود (٣/ ٨٢٣)، كتاب البيوع: باب تضمين العارية، حديث (٣٥٦٣)؛ والبيهقي (٦/ ٨٩)، كتاب العارية: باب العارية مضمونة، من طريق جرير عن عبد العزيز عن أناس من آل عبد الله بن صفوان أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال: يا صفوان هل عندك من سلاح؟ قال: عارية أم غصباً، قال: لا بل عارية فأعاره ما بين الثلاثين إلى الأربعين درعاً.......».

وأخرجه البيهقي (٦/ ٨٩ ـ ٩٠)، كتاب العارية، باب: العارية مضمونة، من طريق جعفر بن محمد عن أبيه أن صفوان بن أمية أعار رسول الله ـ ﷺ ـ سلاحاً من ثمانون درعاً فقال له أعارية مضمونة أم غصباً؟ فقال رسول الله ـ ﷺ ـ: بل عارية مضمونة.

وفي الباب عن جابر

أخرجه الحاكم (٣/ ٤٨ ـ ٤٩)؛ والبيهقي (٦/ ٨٩)، كتاب العارية، باب: العارية مضمونة، من طريق ابن إسحاق حدثني عاصم بن عمر بن قتادة عن عبد الرحمن بن جابر عن أبيه جابر بن عبد الله أن رسول الله ـ ﷺ ـ سار إلى حنين ـ وفيه ـ ثم بعث رسول الله ـ ﷺ ـ إلى صفوان بن أمية فسأله أدراعاً عنده مائة درع وما يصلحها من عدتها فقال: أغصباً يا محمد؟ فقال: بل عارية مضمونة حتى نؤديها عليك ثم خرج رسول الله ـ ﷺ ـ سائراً.

قال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

أما الحديث بلفظ: بل عارية مؤداة.

فأخرجه أبو داود (٣/ ٨٢٦) كتاب البيوع: باب تضمين العارية، حديث (٣٥٦٦)؛ وابن حبان (١١٧٣ ـ موارد)؛ وأحمد (٤/ ٢٢٢)؛ والدارقطني (٣/ ٣٩)، كتاب البيوع، حديث (١٥٩) من طريق حبان بن هلال ثنا همام بن يحيى ثنا قتادة عن عطاء بن أبي رباح عن صفوان بن يعلى بن أمية قال: قال لي رسول الله ـ ﷺ ـ: «إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعاً وثلاثين بعيراً» فقلت: يا رسول الله أعارية مضمونة أم عارية مؤداة. قال: بل عارية مؤداة.

صححه ابن حبان وقال ابن حزم في «المحلى» (٩/ ١٧٣): حديث حسن: ليس في شيء مما يروى في العارية خبر يصح غيره.

وقال الحافظ في «بلوغ المرام» (ص ـ ١٨٣) رقم (٩١٣): رواه أحمد وأبو داود والنسائي وصححه ابن حبان. اهـ.

وله شاهد من حديث ابن عباس

أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٨) كتاب البيوع، حديث (١٥٧)؛ والحاكم (٢/ ٤٧)؛ والبيهقي (٦/ ٨٨) من طريق عكرمة عن ابن عباس به.

وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي.

والعَقار، والعَبِيد، والدَّوَابِّ، والثياب، ونحوها، أمَّا ما لا يمكنُ الانتفاعُ بها مع بقَاءِ عَيْنِها؛ كالأطعمة ـ: لا يجوزُ إعارتُهَا.

وفي إعارةِ الدَّراهمِ والدنانيرِ وجهانِ:

أصحُّهما: لا يَجُوزُ؛ كالأطعمة.

والثاني: يجوز؛ لأنه رُبَّما يريدُ أن يتحمَّل بها، أو يضرب علىٰ طَبْعِها.

وقال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إعارةُ النَّقْدَيْن تكونُ قرضاً، ولو استعارَ جاريةً للخدمة، فإنْ كانَتْ مَحْرَماً له ـ: جاز، وإن لم تكنْ مَحْرماً له ـ: لا يجوزُ؛ لِخَوفِ الفتنة، فإن كانَتْ صغيرةً لا تشتهي ـ: فوجهان.

ويكره أنْ يستعيرَ أحد أبَوَيْهِ للخدمة؛ لأنه يُكْرَهُ أن يستخْدِمَهُما.

وتصحُّ العاريَّة بالقولِ مِنْ أحدهما، وبالْفِعلِ من الآخرِ، فإنْ قال المُسْتَعِيرُ: أعِرْني، فسلَّمها إليه المُعِيرُ، أو قال المعيرُ: أعَرْتُكَ، فقبضها المستعيرُ ـ: تمَّت الإعارةُ؛ كإباحة الطعامِ: يجوز بالقولِ مِنْ أحدهما، وبالفعل من الآخر.

ولا يشترطُ في الإعارة[1] بيانُ المدَّة: لأنها تبرُّعٌ؛ متىٰ شاء رجَعَ؛ كما لو قال: ادْخُلْ كَرْمي[2]، وكُلْ ما شئْتَ ـ: جاز، وإن لم يبيِّنْ، ولو ضَرَبَ لها أجلاً ـ: لا يلزَمُ، وعند مالك ـ رحمة الله عليه ـ: يلزم.

والعاريَّةُ مضمونةٌ على المستعير؛ حتَّى لو تَلِفَتْ في يده بفعْله أو بفعلِ غَيْرِهِ أو بآفةٍ سماوية ـ: يلزمُهُ الضمانُ؛ لقولِ النبيِّ ـ ﷺ ـ لِصَفْوَانَ: «بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ».

وعند أبي حنيفة والثوريِّ ـ رحمة الله عليهما ـ: العاريَّةُ أمانةٌ في يد المستعيرِ، فنقول: بعد الخبر أجْمَعنا علىٰ أنَّ المستعيرَ من الغاصب، إذا هلكَتِ العَيْنُ في يده، وهو جاهلٌ ـ: يستقرُّ عليه الضمانُ؛ فلولا أن العاريَّة سبَبُ الضمانِ ـ: لكانَ لا يستقرُّ عليه كالمستودع الجاهلِ من الغاصبِ إذا هلكَتِ العَيْنُ في يده: لا يستقرُّ عليه الضمان، ولا خلافَ أن الأجزاء إذا هلكت في يده بالاستعمال ـ: لا يلزمُهُ ضمانها؛ لأنه كان مأذوناً فيه، ولو تَلِفتِ العَيْنُ بالاستعمال ـ فالمذهب: أنه لا يجبُ ضمانها؛ كالأجزاء.

وقيل: يجبُ ضمانُ الجزء الذي بَقِي قَبْلَ التلفِ؛ فعلىٰ هذا: إذا أشرَفَ على الهلاكِ بالاستعمالِ ـ: لا يجوزُ استعماله بعده، ولو تَلِفَ الأجزاءُ بالاستعمالِ ـ: ففيه وجهان:

---

(١) في ظ: العارية.

(٢) الكَرْمُ: العنب. المعجم الوسيط (٢/ ٧٨٤).

أحدُهُما: لا يضمَنُ؛ كما لو تَلِفَتْ بالاستعمال.

والثاني: يضمَنُ؛ كالعين إذا هلكَتْ، وهو الأصحُّ.

وإذا هلكَتْ في يده، فأيُّ قيمة تلزمه؟ قيل: يلزمُهُ ضمانُ الغصب أكثَرَ ما كانَتْ مِنْ يومِ القبضِ إلى يومِ الهلاك.

والصحيح أنه يعتبرُ قيمتها يَوْمَ التلفِ؛ لأنَّا لو ألزمناه الأكثر ـ: أوجبنا عليه ضمَانَ الأجزاء التالفةِ بالاستعمالِ؛ وذلك لا يجوزُ.

ومن قال بالأوَّل قَالَ: الأجزاءُ تابعةٌ للعين؛ فإنْ رَدَّ العَيْن ـ: سَقط ضمان الأجزاء، وإنْ وجب ضمان العين بالتلف ـ: وجب ضمان الأجزاء.

ولو ولدت العاريَّة في يد المستعيرِ، هل يكونُ الولدُ مضموناً عليه؟ فيه وجهانِ؛ وإن قلنا: ضمانُ الأصلِ كضمان الغصبِ ـ: يكونُ مضموناً عليه، وإنْ قلنا: يعتبرُ ضمانُهُ بيومِ التلفِ ـ: لا يكونُ مضموناً عليه، ولا خلافَ أنَّه لا يجوزُ له استعمالُ الولد.

ولو أعَارَ شيئاً إعارةً فاسدةً، أو ما لا يجوزُ إعارَتُهُ؛ كالأطعمة وغيرها ـ: يَكُونُ مَضْموناً على المُسْتَعِيرِ؛ لأنَّ ما يكون صحيحُهُ مضموناً ـ: يكونُ فاسده مضموناً.

ومَنِ اْستعار شيئاً ـ: يجوزُ أن يستَوْفي منفعته بنفسه وبوكيله؛ لأنَّ الوكيلَ نَائِبٌ عنه، ولا يجوزُ أن يؤاجره من غيره، وهَلْ يجوزُ له أنْ يُعِيرَهُ مِنْ غَيْرِهِ؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: يجُوزُ؛ كما يجوزُ للمستأجِرِ أن يعير مِنْ غيره.

والثَّاني ـ وهو الأصح ـ: لا يجوزُ؛ لأنه أبيحَ له المنفعةُ؛ فلا يملك أن يبيحَ لغَيْرِهِ كمن أُبِيحَ له طعامٌ ـ: لا يملكُ أن يبيحه لغيره؛ بخلاف المستأجر: فإنه يملكُ المنفعةَ، بدليلِ أنَّه يجوزُ له أن يُؤاجِرَ مِنْ غيره، ويأخذ عليه العوضَ، والمستعيرُ: لا يملكُ أَخْذَ العوضِ عليه؛ فلا يملك الإباحة.

وإذا رجَعَ المعيرُ عَنِ العاريَّة ـ: يجبُ رَدُّ العاريَّة، ومؤْنَةُ الرَّدِّ تكون على المستعير.

ولو اْستعار مِنَ المستأجِر، أو أَوْصى لإنسانٍ بخدمةِ عبدٍ أو سكنَىٰ دارٍ، فالموصَىٰ له أعارَهُ مِنْ إنسانٍ ـ: جاز، وهل يكون مضموناً على المستعير؟ فيه وجهان:

أحدهما: بَلَىٰ؛ كما لو اْستعار من المالكِ.

والثاني ـ وهو الأصَحُّ، والمَذْهَبُ ـ لا يكونُ مَضْموناً عليه؛ لأنه ينُوبُ عن المستأجر، والموصَىٰ له في الانتفاع؛ بدليلِ أن الكراءَ يستقرُّ على المستأجِرِ باْنتفاعه؛ فيده كَيدِ المستأجر والموصَىٰ له، ويَدُهُما لَيسَتْ يَد ضَمانٍ.

ومؤنَةُ الرَّدِّ على مَنْ تكونُ؟! نُظِرَ: إنْ ردَّهُ على المستأجر ـ: فيكون على المستعير، وإن رَدَّ على المالك، فعلى المالِكِ؛ كما لو رَدَّ المستأجر بنفسه.

فَصْلٌ [في بيانِ إعارَةِ الأرْضِ]

إذا أَعارَ أرْضاً مطلقاً؛ لينتفع بها ـ: جاز، وإنْ لم يبيِّنْ جهةَ الانتفاعِ، ثم المستعير يجوزُ له أن يزرَعَ ويغرِسَ ويبني لإطلاقِ الإذْنِ، ولو أعار للغِرَاسِ أو البناء ـ: فله أن يَزرَع؛ لأنَّ الزرْعَ أقلُّ ضرراً من الغرسِ والبناءِ، ولو أعار للزَّرْعِ ـ: لم يكنْ له أن يغرِسَ، ولا أنْ يبني؛ لأنَّ ضرر الغراسِ والبناءِ أكثرُ، ولو أعار للغَرْسِ، هل يجوزُ له أن يَبْنِي؟ فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما للتأبيد.

والثاني ـ [وهو الأصح ـ لَيْسَ له ذلك][1]؛ لأن ضررهما مختلفٌ: ضَرَرُ البناءِ في ظاهر الأرض، وضَرَرُ الغِراسِ في باطنها.

ولو أعارَ أرضاً للزراعة ـ نُظِرَ: إن بيَّنَ زرعاً ـ: فلَهُ أن يزرَعَ ما بَيَّنَ، أو زرعاً آخَرَ ضَرَرُهُ مثْلُهُ أوْ دونه، ولَيْسَ له أن يَزْرَعَ زرعاً آخر ضَرَرُهُ أكثرُ؛ فإنْ فعل قلع مجَّاناً، ولو أعار للزراعة، ولم يبيِّن نوعاً ـ: فقد قيل: لا يصحُّ للجهل، والأصحُّ: جوازُه، وله أن يزرع ما شاءَ، قَلَّ ضَرَرُهُ أو كثر؛ وكذلك: لو أعار دابَّةً، ولم يبيِّنْ أنه يركَبُ أو يحمل؟ فيه وجهان.

ولو[2] أعارَ مطلقاً، فغرَسَ وبَنَىٰ، ثم رجع ـ: له قلعُهُ مَجَّاناً، وإذا أعار الأرضَ للغراسِ والبناءِ ـ لا يخلو: إما أن يبيِّنَ مدَّةً أو لم يبيِّنْ: فإنْ بَيَّنَ مدَّةً ـ: فله أن يغرسَ ويَبْنِي في المدَّة مَتَىٰ شاء، وإنْ بَقِي مِنَ المدَّة قليلٌ ما لم يرجعِ المعيرُ، وله أنْ يُحَدِّد كُلَّ يومٍ غَرْساً، وبَعْدَ مضيِّ المدَّة ـ: لا يجوزُ أن يغرسَ، ولا أن يَبْنِي، فإنْ فعل قَلَعَ مجَّاناً، فإن غرس وبَنَى في المدَّة: فإذا مضت المدة ـ نُظر: إن أمكن رفْعُ البناءِ والغراسِ مِنْ غير نقصٍ يدخلها ـ: أمر برفعها، وإن لم يمكن إلاَّ بدخولِ نقصٍ فيها ـ نُظر: إن كان المعيرُ شرط عليه قلع البناء، والأشجارِ، وتسويةَ الأرضِ ـ: يجب عليه جميعُ ذلك، فإن لم يفعلْ ـ: فللمعيرُ قَلْعُها مجاناً، وإنْ شرط قَلْعَ الأشجار، ولم يشترط تسوية الأرض ـ: لا يلزمه تسوية الأرض؛ لأنه لما شرط القلع ـ: رضي بالحفر، وإنْ لم يشْرِطْ عليه قَلْع الأشجار ـ نُظر: إن اختار المستعيرُ قَلْعَها ـ: فله ذلك؛ لأنَّها ملكه؛ فله نقلها، وهل يلزمُهُ تسويةُ الأرضِ؟ فيه وجهان:

---

(١) بدل ما بين المعكوفين في أ: لا.

(٢) في ظ: إذاً.

أحدهما: لا يَلْزَمُهُ؛ لأنه لمَّا أعارَ مع علْمه ـ بَان له مع قلع الأشجارِ؛ فقد رضي بما يحصُلُ بالقلع من التخريب.

والثاني: يلزمُهُ؛ لأن القلْعَ كان باختياره؛ فإنه لو امتنع ـ: لم يجبَرْ عليه.

ومَنْ خَرَّب أرْضَ غيره ـ: يلزمه التسوية، وإن لم يختَرِ المستعيرُ قَلْعَ البناء والأشجارِ ـ: لم يكنْ للمعير قَلْعُها مجاناً.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: له قلعُها مَجَّاناً، وهو اختيارُ المزنيِّ، وهذه فائدةُ بيانِ المدَّة.

وعندنا: لا يقلعها مَجَّاناً؛ لأنَّه كان مأذوناً في الغَرْس والبناءِ، ولكنه يتخيَّرُ بين الأشياءِ الثلاثةِ، إنْ شاء أخذها بالقيمة، وإن شاء كَلَّفَ المستعيرَ قَلْعَها، وضَمِنَ أَرْشَ النقصانِ، وإنْ شاء أقرَّها بالأجْرِ؛ وكذلك: لو رجَعَ قَبْلَ مضيِّ المدَّة؛ فيتخيَّر في الغراس والبناء، وليس للمستعيرِ أن يَقُولَ: إنما أتملَّك الأرض بالقيمةِ؛ لأن الأرض أصْلٌ؛ لا تتبع الغراسُ، والغراسُ تَبَعٌ؛ فجازَ أن يتبع الأرْضَ في التملُّك؛ كما يتبعها في البَيْع؛ فإن أراد القَلْعَ ـ: لا يحتاج إلى إذْن المستعير، وإن أراد التملُّكَ بالقيمةِ، أو التقريرَ بالأجرةِ ـ: يحتاجُ إلى إذنه؛ لأنه بَيْعٌ وإجارةٌ، وربَّما يرى المستعير نَقْله، فإن امتنع المعيرُ عن بذل القيمةِ وأرْشِ النقصانِ: فإنْ دفع المستعيرُ الأجرةَ ـ: لم يكنْ للمعيرِ قلْعُها، وإن امتنع عن بذْل الأجرة، هل للمعير قَلْعُها مجَّاناً؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليْسَ له ذلك؛ لأنَّ الإعارة تقتضي الانتفاعَ من غير ضمانٍ.

والثاني: له ذلكَ؛ لأنَّه لا يجوزُ الانتفاعُ بالعاريَّة بعد الرجوع مِنْ غير أجرة.

وإذا اتفقا على بَيْع الأرضِ مع الغراسِ والبناء ـ: جازَ، ثم يوزَّع الثَّمَنُ علىٰ أرضٍ مشغولةٍ بالغراسِ، وعلى الغراسِ، فما خَصَّ الأرض للمعير، وما خَصَّ الغراس للمستعير.

فإذا أراد المعيرُ بَيْعَ الأرضِ ـ: له ذلك، ثم المشتري يتخيَّرُ في الغراس بَيْنَ الأشياء الثلاثةِ، ولو باع المستعيرُ الغراسَ ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوزُ؛ لأنَّ ملكه عَلَيْها غيرُ مستقرٍّ، وربَّما يتملَّكها المُعِيرُ.

والثاني: يجوزُ، وهو الأصحُّ، وعدم الاستقرارِ لا يمنَع البَيْعَ؛ كما يجوزُ للمشتري بَيْعُ الشِّقْصِ المشفوعِ، مع أنَّ للشفيع أخذَهُ بالشفعة.

ثم المعيرُ مع المشتري يتخيَّرُ بيْنَ الأشياءِ الثلاثةِ، وللمشتري الخيارُ في فَسْخِ البيعِ، إنْ كان جاهلاً، ويجوزُ لمالِكِ الأرضِ دُخُولُ الأرضِ، وأنْ يَسْتظلَّ بالغراسِ، ولم يكن

للمستعيرِ مَنْعُهُ؛ لأنَّ حَقَّ المستعيرِ في مَوْضِعِ الْغِرَاسِ، فأمَّا البياضُ: فلا حَقَّ له فيه.

ولَيْسَ لمالِكِ الْغِراس دخولُهَا للتفرُّج، ولا لغَيْرِ غَرَضٍ، إلاَّ لتعهُّد الغراسِ بِسَقْيٍ أو تلقيحٍ أو جِذَاذِ ثَمَرٍ؛ فيَجُوزُ له دخولُهَا لهذه الأغراضِ؛ بغير إذن المعير.

وقيل: لا يجوزُ إلاَّ بإذنِهِ.

والأوَّلُ أصح.

ولو أعارَ أرضاً للبناءِ والغراسِ مطلقاً، ولم يبيِّنْ مدَّةً ـ: جاز، وله أن يغرِس، ويَبْنِي ما لم يَرْجِعِ المُعِيرُ، فإنْ رجع بعد ما غَرَس وبنَىٰ، فيتخيَّر المعيرُ بَيْنَ الأشياء الثلاثةِ؛ كما ذكرنا، وإن غَرَسَ أو بنَىٰ بعدما رَجَعَ، وكان عالماً بالرجُوعِ ـ: يقلع مجَّاناً، وإن كان جاهلاً بالرجوعِ ـ: فيه وجهان، كما لو حمل السيْلُ نَوَياتٍ إلى أرضِهِ فنَبَتَتْ.

ولو أعار أرْضاً لِلزِّراعةِ، فزَرَعَ، ثم رجع المعيرُ، والزرْعُ لم يدركْ ـ: لم يكنْ للمعيرِ قَلْعُهُ بل يبقيه إلىٰ أوانِ الحَصَادِ؛ لأنَّ له وقتاً ينتهي إلَيْهِ؛ بخلاف الغراسِ؛ فإنها للتأبيد.

وله طَلَبُ أَجْرِ مِثْلٍ ما بعد الرجوعِ إلى الحَصَادِ؛ لارتفاعِ العاريَّة بالرجوع.

وقيل: لَيْسَ له طلبُ الأجرة؛ لأنَّه أَذِنَ فيه مجَّاناً؛ كما قبل الرجوع.

والأولُ أصحُّ؛ لأنَّه أباح له المنفعةَ إلى وقت الرجوع؛ كما لو أعار بعيراً إلى مكَّة، فلمَّا توسَّط البادية ـ: رجع المعيرُ عليه لنقل أمتعته إلى العمرانِ بأجْرِ المثل.

قال الشيخ ـ رحمه الله ـ: ولو أعار للزراعةِ مُدَّةً، وانقضت المدَّة، والزرعُ لم يُدْرِكْ ـ ينظر: إنْ فرَّطَ في الزراعةِ بالتأخير ـ: يقلع مجاناً، وإن لم يُفرِّط ـ: فلا يقلع.

وإذا أعار أرضاً للزراعة مطلقاً ـ: فلا يزرع إلاَّ زرعاً واحداً وكذلك: لو[1] أعار للغَرْسِ، فغَرسَ، وقَلَعَ؛ فلا يغرس بعده إلاَّ بإذن جديدٍ.

ولو حمل السَّيْلُ نَوَياتٍ أو حَبَّاتٍ إلى أرضه ـ: يجبُ عليه ردُّهَا إلىٰ مالكها لو عَرَفَهُ، وإنْ لم يعرِفْهُ دَفَعَ إلى الحاكِم، ولو لم يَعْلَمْ حتَّى نَبَتَتْ في أرْضِهِ، هل يُجْبَر مالكها على قَلْعِها؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يُجْبَرُ؛ لأنَّه لم يكُنْ منه تفريط.

والثاني: يجبَرُ؛ لأنَّ المالك لم يأْذَنْ فيه، كما لو انْتَشَرَتْ أغصانُ أشجاره إلى هواءِ دارِ غيرِه ـ: يُجْبَرُ على إزالة ضَرَرِهِ؛ وهذا أصحُّ.

---

(١) في ظ: إذا.

فإنْ قلنا: لا يجبرُ: فإنْ كان زرعاً ـ: يبقىٰ إلى أوانِ الحصادِ بالأجرة، وإنْ كان شجراً ـ: يتخيَّر مالكُ الأرض فيها بَيْنَ أن يتملَّكها بالقيمةِ، أو يَقْلَعَهَا، ويضمنَ أرْش النقصان، وبَيْنَ أن يقرَّهَا بالأجرة، كما ذكرنا في العاريَّة.

ولو حمل السَّيْلُ نواةَ واحدةً، أو حَبَّةً لا قيمة لها، أو الغُرَابُ دَفَنَ جَوْزَةً في أرضه، فنبتت ـ: هل يملكُها مالكُ الأرض؟ فيه وجهان:

أحدهما: يملكُ؛ لأنَّه لم يكُنْ لها قيمةٌ، فصارَتْ متقوَّمةً في أرضه.

والثاني: لا يملكُ؛ لأنَّ تلْكَ الحبَّةَ كانَتْ محرَّمة الأخذِ من المالكِ؛ فعلىٰ هذا: هل يؤمَرُ بقلعها مجَّاناً؟ فعلى الوجهَيْن.

إذا غرس رَجُلٌ أرْضَ الغيرِ بإذنه، ثم وقَفَ رَبُّ الأرضِ والغراسِ الأرْضَ والغراسَ معاً ـ: جاز؛ كما لو باعا ولو وقَفَ ربُّ الأرضِ ـ: جاز؛ كالبيع، ولو وقَفَ مالكُ الغراسِ غراسَهُ ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوزُ؛ لأن القلع ثابتٌ لِرَبِّ الأرضِ؛ فيكونُ وَقَفَ ما لا يمكنُ الانتفاعُ به.

والثاني ـ قاله ابْنُ حَدَّاد: يجوزُ.

ثم إن قلعها صاحبُ الأرضِ ـ يؤخَذُ منه أرشُ النقصانِ، وينفق عليه، ويغرسُ في موضع آخر.

قال الشيخ ـ رحمه الله ـ: ويمكنُ بناءُ الوجهَيْنِ علىٰ جواز البيع.

ولو دفع أرضاً إلى رجُلٍ ليغرسَهَا أو يَبْنِي فيها على أنَّ نِصْفَ الغراسِ والبناءِ لمالِك الأرْضِ، والنصْف له ـ: فهذا فاسدٌ للجهالة.

فإذا غرس وبنى ـ: فالغراسُ والبناءُ للغارسِ والبانِي؛ فإن كان لا ينتقص قيمتها بالنقل، كلّف نقلها: وإن كان ينتقص ـ: فلا يقلع مجاناً؛ لأنَّه فعل بالإذن، فيتخيَّرُ مالكُ الأرضِ فيها بَيْنَ الأشياء الثلاثة.

وإن كان زرعاً يَبْقى إلى أوانِ الحصادِ، ويستحقُّ رَبُّ الأرض الأَجْرَ، وكم يستحقُّ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نِصْفَ أجْرِ مِثْلِ الأرض؛ لأنَّه كان يعتقدُ نصْفَ عمل العاملِ له.

والثاني: يستحقُّ تمامَ أجْرِ المثل؛ لأنَّ جميعَ عَمَلِ العاملِ وقع للعامل، وجميع الغراسِ له.

أَمَّا إذا باع نِصْفَ الأرْض معيناً على أنْ يغرس له النصْفَ الآخَرَ، ووصف الغراس ـ: جاز علَّق أو لم يعلِّق.

ولو قال الرجُلُ: أعرتُكَ دابَّتي اليَوْمَ على أن تُعِيرَني دابَّتَكَ غداً ـ: فهذه إجارَةٌ فاسدةٌ، وكلُّ واحدٍ يستحقُّ على صاحبه أجْرَ مثلِ دابَّته.

وكذلك: لو قال: أعرتُكَ دابَّتي علىٰ أن تعْلِفَها، أو دَارِي علىٰ أن تطيِّنَ سطحها، أو تكسح ثَلْجَها ـ: فهي إجارةٌ فاسدةٌ، والتَّطْيِينُ وكسْحُ الثَّلجِ على المالك، وللمالِكِ علَيْه أجْرُ مثْلِ الدابَّة والدارِ.

ولو قال: أعَرتُكَ دابَّتي على أنَّها إذا هلَكَتْ تضمنُ أكثر من قيمتها ـ فهي إجارة فاسدة.

وقيل: عاريَّة فاسدة.

ولو دفع شاةً إلى رجلٍ، فقال: ملَّكْتُك دَرَّها ونَسْلَهَا ـ: فهذه هِبَةٌ مجهولةٌ؛ فالشاةُ مضمونةٌ عليه بحكْمِ العاريَّة الفاسدة، وما حَصَلَ مِنَ الدَّرِّ والنَّسْل ـ: كالمقبوض بحكم الهبة الفاسدة.

ولو قال: أبَحْتُ لك دَرَّها ونسلها ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: أنها هِبَةٌ فاسدة كالأوَّل.

والثاني: إباحَةٌ صحيحةٌ؛ لما روي عَنْ أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ـ ﷺ ـ قَال: «الصَّدَقَةُ اللِّقْحَةُ الصَّفِيُّ مِنْحَةٌ، وَالشَّاةُ الصَّفِيُّ مِنْحَةٌ تَغْدُو بِإِنَاءٍ وَتَرُوحُ بِأَجْرٍ»[٢].

فعلىٰ هذا: الشاةُ عاريَّةٌ صحيحةٌ.

ولو قال: ملَّكْتُكَ، أو: أبَحْتُ لك دَرَّها ونسْلَها؛ علىٰ أن تَعْلِفَهَا ـ: فهذا فاسدٌ، والعَلَفُ بإزاء أجرةِ الشَّاةِ وثمنِ الدَّرِّ والنَّسْلِ، فالشاةُ غَيْرُ مضمونةٍ عليه بحكْمِ الإجارة الفاسدةِ، والدَّرُّ والنَّسْلُ مضمونٌ عليه بحكْمِ الشراءِ الفاسدِ؛ كما لو دفع كسرة إلىٰ سقاء، فأخذ الكُوزَ ليشْرَبَ فسقط مِنْ يده وانْكَسَرَ ـ: ضَمِنَ الماء؛ لأنَّه أخذه بحكْمِ الشراءِ الفاسدِ، ولم يضمن الكُوزَ؛ لأنَّه في يده بحكْمِ الإجارةِ الفاسدةِ، فإذا أخذ مَجَّاناً ـ: فالكوز عاريَّةٌ

---

(١) اللقحة: الناقة ذات اللبن القريبة العهد بالولادة؛ وهي مكسورة اللام، ويجوز فتحها. والمعروف أن اللقحة بفتح اللام: المرة الواحدة من الحلب، والصفي: بفتح الصاد وكسر الفاء: أي: الكريمة الغزيرة اللبن. ينظر: الفتح (٥/ ٢٨٨).

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ٢٨٧)، كتاب الهبة: باب فضل المنيحة، حديث (٢٦٢٩) من حديث أبي هريرة.

يجب ضمانه، والماءُ كالمقبوضِ بحكْمِ الهبة الفاسدةِ، [وكذلك: لو][(١)] اشترى شيئاً في وعاءٍ، فقبضه ـ: فالوعاءُ لا يكون مضموناً عليه.

ولو ٱستعار صُنْدوقاً، وفيه نَقْدٌ للمالك لم يَعْلَمْهُ المستعيرُ ـ: يكونُ ما فيه أمانَةً عنده؛ كالرِّيح: تُلْقِي ثوباً في حجره: يكونُ أمانةً عنده.

ولو دفع دراهمَ إلىٰ رَجُلٍ، فقال: ٱجْلِسْ علىٰ هذا الحانُوتِ، واتَّجِرْ لنفسك، أو دَفَعَ إليه بَذْراً، وقال: ٱبْذُرْ في هذه الأرضِ ـ: فالحانوتُ والأَرْضُ عاريَّةٌ، والدراهمُ والبَذْرُ هِبَةٌ أو قرضٌ، فيه وجهان.

ولو كانت دابَّة واقفةٌ بَيْنَ يَدَيْ مالكها، فوضع رَجُلٌ متاعاً عليها بغَيْر أَمْرِ صاحبها ـ: لصاحب الدابَّة طَرْحُ متاعه، فلو لم يطرح وسَيَّر الدابَّة ـ: دخل المتاع في ضمانه، ولا يجبُ علىٰ صاحبِ المَتَاعِ ضمانُ الدابَّةِ.

ولو قال صاحبُ المتاعِ: سَيِّر الدابَّةَ، فسيَّرها ـ: لا يجبُ عَلَىٰ صاحبِ الدابَّةِ ضمانُ المتاعِ، وصَارَ صاحبُ المَتَاعِ مستعيراً لذلكَ القَدْرِ من الدابَّةِ، إنْ كان على الدابَّةِ متاعٌ آخَرُ ـ: يضمن بِقَدْر متاعه.

ولو كان راكباً دابَّةً، فأردَفَ رجلاً خلْفَهُ بمسألته أو غير مسألَتِهِ ـ: كان كما لو أعارَ مِنْهُ نِصْفَ دابَّةٍ، فإنْ هلكتِ الدابَّة ـ: يجبُ على الرديفِ نصْفُ الضمان.

وكذلك: لو أعار سَفِينةً مِنْ إنسانٍ، وهو فيها، فهلكَتْ ـ: يجبُ على المستعيرِ نصْفُ الضمانِ، فإنْ أركبه الدابَّة، وهو يَمْشي خَلْفَها ـ: يجبُ على الراكبِ جميعُ الضمان.

ولو كان يَمْشي معه رجلٌ، ومعه متاعٌ، فقال صاحبُ المتاعِ: احْمِل متاعِي هذا على دابَّتِك، فَحَمَل ـ: كان لو أعارَ الدابَّة مِنْهُ، يجب عليه ضمانها.

ولو قال صاحبُ الدابَّة: أعْطني متاعَكَ أَضَعْهُ على دابَّتي، ففعل ـ: كان كما لو ٱستودَعَ متاعَهُ؛ لا يجبُ على صاحب المتاع ضمانُ الدابَّة، ولو كان لرجُلٍ حِمْلٌ نفيسٌ على دابَّةٍ، فأركب إنساناً فوقه، حتَّى يكونَ حِرْزاً للمالِ ـ: لا يجبُ على الراكب ضمانُ الدابَّة؛ لأنَّ صاحب الدابَّة أركبه لمنفعة نفسه.

وكذلك: لو بعث رجُلاً إلى بلدٍ لشغله، فأعطاه دابَّةً ليركبها ـ: لا يجبُ على الراكبِ ضمانُ الدابَّة؛ لأنَّه أركَبَهُ لإصلاحِ شغله.

ولو ٱستعار رجُلٌ دابَّةً ليركبها إلى بلدٍ، فجاوزها ـ: يجبُ عليه أجر مِثْلِ ما جاوَزَ،

---

(١) في ظ: فإذا.

ذَهاباً ورجوعاً إلى الموضعِ الذي جاوزه.

وهَلْ له أن يركبها في الرجُوعِ إلى البَلدِ الذي ٱستعار منه أمْ يسلمه إلى حاكِمِ البلد الذي استَعَارَ إليه؟ وجهان:

أحدهما: لَهُ أن يركبها للرجُوعِ؛ لأنَّ المالك أذِنَ فيه.

والثاني: لَيْسَ لَهُ ذلِكَ؛ لأنَّ الإذْنَ قد ٱنقطع بالمُجَاوَزَةِ؛ فعَلىٰ هذا: إذا رجع عليه أجر مثل الرجوع.

فَصْلٌ في الاخْتِلافِ

إذا ركب دابّة إنسانٍ، فاختلفا، فقال المالِكُ: أكريتُكَ الدابّة، وقال الراكبُ: بَلْ أعَرْتَني ـ لا يخلو: إمَّا إنْ كان هذا الاختلافُ في حالِ قيامِ الدابّة أو بعد تلفها.

فإنْ كان في حالِ قيامِهَا ـ نُظر: إنْ كان في حالِ ما أخذ الدابّة قَبْلَ مضيِّ مدَّةٍ لها أجرةٌ ـ: فلا فائدة فيه إلاَّ أن يدعي المالكُ تعجيل الأجْرَةِ: فالقولُ قولُ الراكب مع يمينه.

وقالَ في المُزَارَعَةِ[1]: إذا زَرَعَ أرْضَ الغيرِ، ثم ٱختلفا؛ فقال المالك: أكريتُكَ، وقال الزارعُ: بل أعَرْتني: إنَّ القَوْل قولُ المالك مع يمينه: فمن أصحابِنا من جعل المسألة على قولَيْن:

أحدهما ـ وهو الأصح، وهو اختيارُ المزنيِّ ـ: أنَّ القول قولُ المالكِ مع يمينه؛ لأنَّ المنافع كالأعيان.

ولو ٱختلفا في عَيْنٍ، فقال المالكُ: بِعْتُكَ، وقال الذي في يده: وهَبْتني ـ: كان القولُ قولَ المالكِ مع يمينه؛ لأنَّه أتلف منفعةَ الغَيْرِ، ثم يدّعي البراءة من الضمانِ ـ: فلا يقبلُ؛ كما لو أكل طعامَ الغَيْرِ، ثم قال: أبحتَهُ لي، فقال: ما أبحتُهُ لك ـ: فالقولُ قولُ المالكِ مع يمينه.

والقول الثاني: القولُ قولُ الراكبِ والزَّارعِ مع يمينه؛ لأنَّهما اتفقا على إباحةِ المنفعةِ لهُ، والمالكُ يدعي الكراءَ؛ فالقولُ قول المدعَىٰ عليه مع يمينه؛ لأنَّ الأصْلَ براءةُ ذمَّته.

ومِنْ أصحابنا مَنْ فرّق بينهما على ظاهر النصِّ، فقال في الدابّة: القَوْلُ قولُ الرَّاكِب، وفي الأرض: القولُ قولُ المالك؛ لأنَّ العادة جَرَتْ: أن الدابَّة تُعَادُ، والأرض لا تُعادُ؛ بل تؤاجر، والصحيحُ: أن لا فَرْقَ بينهما.

---

(١) المزارعة: طريقة لاستغلال الأراضي الزراعية باشتراك المالك والزارع في الاستغلال، ويقسم الناتج بينهما بنسبة يعينها العقد أو العرف. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٣٩٣).

فإنْ قلنا: القَوْلُ قولُ المالكِ، فإذا حلف أَخَذَ الأجرةَ، وأيَّ أجرة يأخذ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يأخذ المسمَّى؛ لأنَّا لما قبلنا قولَهُ في الكراءِ ـ: يقبل قوله في المسمى.

والثاني: يأخذ أجْر المثل، وهو المنصوص؛ لأنَّهما لو اتفقا على الأجرةِ، واختلفا في قدرها؛ وجب أجْرُ المثل، فإذا اختلف في الأجرة: أولى أن يجِبَ أجْرُ المثل، فإذا نكل المالكُ عن اليمينِ ـ: لا تُرَدُّ اليمينُ على الراكِبِ؛ لأنَّ عَيْنَ المالِكِ حُجَّةٌ لاستحقاقِهِ الأجْر، وإذا لم يحلفْ سَقَطَ، ويَمينُ الرَّدِّ يستحقُّ بها حَقٌّ، وهو لا يدَّعِي شيئاً.

وإن قلنا: القولُ قولُ الراكب مع يمينه، فإذا حَلَف برىء، وإذا نَكَل حلف المالكُ واستحقَّ المسمَّى قولاً[1] واحداً؛ لأنَّ يمينه بعد نكولِ المدعَىٰ عليه: إما أن تكونَ كالبيِّنَةِ أو كالإقرارِ، فأيهما وجد يستحقُّ به المسمَّى، وهذه المسألةُ بخلافِ ما لو دَفَعَ ثوباً إلىٰ غسَّالٍ ليغسله، فغسله، ثم ٱختلفا، أو خاط لرجلٍ ثَوْباً، أو بنى داراً، فاختلفا، فقال المالك: فَعَلْتَهُ مَجَّاناً، وقال العامل: بل بالأجرة ـ: فالقولُ قولُ المالكِ مع يمينه قولاً واحداً بخلافِ الراكبِ والزارعِ؛ لأنَّ الخيَّاط والغَسَّال فَوَّت منفعة نفسِهِ، ثم يدعي الضمانَ على الغَيْر: فلا يقبَلُ، والراكبُ أفاتَ منفعةَ دابَّة الغَيْر، ويريد إسقاط الضمان عن نفسه: فلا يقبَلُ.

وإنْ كان هذا الاختلاف بَعْدَ تلفِ العينِ ـ نُظِرَ: إن تلفت حالة ما أخذها قَبْلَ مُضِيِّ مدةٍ لها أجْرٌ، والراكب مقرٌّ له، وهو ينكرُ ـ: فيرتدُّ بردِّهِ، وإن تَلِفَتْ بعد مضيِّ مدَّةٍ لها أجرٌ، والمالكُ يدعي عليه الكراءَ، وهو يُقِرُّ بالقيمةِ ـ: فهو يبني علىٰ أنَّ ٱختلاف[2] الجهةِ، هَلْ يمنع الأخذ؟ وفيه وجهان.

إنْ قُلْنا: يمنع الأخذ ـ: فالقيمةُ ساقطةٌ بِرَدِّهِ، وفي الكراء: القولُ قولُ مَنْ يكون؟ فعلَىٰ ما ذكرنا من القولين.

وإنْ قلنا: لا يمنعُ الأخذ ـ نُظِر: إن كانَتِ الأجُرة والقيمةُ سواءً، أو كانَتِ الأجرةُ أقَلَّ ـ: أخذها المالكُ بلا يمينٍ، وإن كانت الأجرة أكثر ـ: أخذ قدر القيمة، وفي تلك الزيادة القَوْلُ قولُ مَنْ يكون؟ فعلى القولين.

وإنْ كان الاختلافُ على عَكْسِ هذا، قال المالكُ: أعَرْتُكَ، وقال: لا، بَلْ أكْرَيْتَني ـ: فالقولُ قولُ المالِكِ مع يمينه؛ يحلفُ ويأخذُ العَيْنَ، وإن كان بعد مُضِيِّ مدَّةٍ لها أجرٌ ـ: فالراكبُ يقرُّ له بالكراءِ، وهو ينكرُ، فيرتدُّ بردِّهِ، وإنْ كان بَعْدَ تلف العَيْنِ نُظر: إن مضت مدَّة لمثلها أُجْرَةٌ؛ فالمالك يدعي عليه القيمةَ ـ: فالقولُ قولُهُ مع يمينه؛ هذا هو المذهب؛

---

(١) في ظ: وجهاً.

(٢) في أ: الاختلاف.

لأنَّ الراكب أتلف عليه مالَهُ، والأصْلُ: أنه لم يبح، وإن مضَتْ مدَّةٌ لمثلها أجرةٌ ـ: فالمالك يدعي القيمةَ، والراكبُ يقرُّ بالأجرة، فإنْ قلنا: ٱختلافُ الجهة يَمْنَعُ الأجر ـ: فلا أجرة له، وفي القيمة: يحلفُ ويأخذ، وإنْ قلنا: لا يمنعُ الأخذ ـ: فإن كانت الأجرةُ والقيمةُ سواءً، أو كانتِ القيمةُ أقلَّ ـ: أخذها المالك بلا يمين، وإن كانتِ القيمةُ أكثَرَ، ففي تلكَ الزيادةِ: حَلَفَ المالك وأخذ.

ولو قال المالك: غَصَبْتني، وقال الراكب: لا، بَلْ أعرتَني ـ: يستردُّ المالكُ العَيْن، وإنْ كان بعد مضيِّ مدَّةٍ لها أجرٌ؛ فالمالكُ يدَّعي كراءَ المثلِ، وهو ينكر: نَقَل المزنيُّ: أن القولَ قَوْلُ المستعيرِ، وهو الراكبُ.

اختلف أصحابُنا فيه؛ منهم من قال: المسألةُ على طريقَيْنِ؛ كالمسألة الأولىٰ:

أحدهما: أنها على قولين.

والثاني: يُفْرَقُ بين الأرْضِ والدابَّة.

ومنهم من قال: القولُ قولُ المالكِ قَوْلاً واحداً، والنَّقْل وقَع خطأً؛ لأنَّ الراكبَ يدَّعي الإذْنِ، وهو ينكرُ، والأصْلُ عَدَمُ الإذنِ، وفي المسألةِ الأُولى: اتفقا على الإذْنِ، وإن كان هذا الاختلافُ بعد تَلَفِ العينِ، وكان بَعْدَ مُضيِّ مدَّة: فالمدعي يدَّعي كراءَ المثلِ؛ فيحلف ويأخذُ، ويدعي القيمة بطريق الغصب، وهو يقر بطريق العاريَّة.

وإنْ قلنا: اختلافُ الجهةِ يَمْنَعُ الاخْذَ ـ: حَلَفَ وأخَذَ، وإنْ قلنا: لا يمنَعُ الأخْذُ: إن قُلْنا: ضمانُ العاريَّةِ ضمانُ الغَصْبِ، أو قلنا: تعتبر بيوم التلفِ، وكانَتْ قيمتها يَوْمَ التلفِ أكثَرَ ـ: أخذها بلا يمين، وإن كانتْ قيمتها يَوْم التلفِ أقَلَّ ـ: ففي الزيادة: يحلفُ ويأخذ، وإن ٱختلفا، فقالَ المالكُ: غصبتني، وقال الراكب: بَلْ أكريْتَنِي، فإن لم تمضِ مُدَّةٌ لها أجرٌ ـ: حلَفَ المالكُ، وأخَذَ العَيْن، وإن كان أرْضاً زَرَعَها ـ: قلَعَ الزرْعَ، وعلى الزارع تسويةُ الأرضِ، وإنْ كَانَ بَعْدَ مضيِّ مدَّةٍ لها أجْرٌ ـ: فالمالكُ يدَّعِي كراءَ المِثْلِ، وهو يقرُّ بالمسمَّىٰ، فإن ٱستويا، أو كان أجْرُ المثلِ أقَلَّ ـ: أخذه بلا يمينٍ، وإن كان أجْرُ المثلِ أكثرَ ـ: حلَفَ، وأخَذَ الزيادةَ.

قال الشيخُ ـ رحمه الله ـ: ولا يبنى على ٱختلافِ الجهةِ؛ كما لو أن[1] المالكَ يدَّعي فسادَ الإجارةِ، والراكبَ يدَّعي الصحَّةَ ـ: حلف المالكُ، وأخذ أجر المثل[2]، وإن كان هذا

---

(١) في ظ: كما لو كان.

(٢) في أ: الملك.

الاختلافُ بَعْدَ تَلفِ العينِ، وكان بعد مضيِّ مدَّة ـ: فالمالكُ يدعي كراء المثل[1] والقيمة، والراكبُ يقرُّ بالمسمَّىٰ، وينكر القيمة، فما يقرُّ الراكب أخذه بلا يمين، وفي الزيادة: يحلف ويأخذ.

ولو قال المالك: غصبتني، فقال: بل أودعتني، وكان بعد تلف العينِ ـ حلف المالكُ، وأخذ القيمة وأخذ كراءَ المِثْلِ، إنْ مَضَتْ مدَّة لها[2] أجْرٌ، والله أعلم.

---

(١) في أ: الملك.

(٢) في أ: ولها.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الْغَصْبِ[1]

قَالَ اللَّهُ تَعَالَىٰ: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا، لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩].

وَعَنْ أَبِي بَكْرَةَ قَالَ: خَطَبَ النَّبِيُّ - ﷺ - يَوْمَ النَّحْرِ، فَقَالَ فِي خُطْبَتِهِ: «إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ؛ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، في بَلَدِكُمْ هَذا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، وَسَتَلْقَوْنَ رَبَّكُمْ فَيَسْأَلُكُم عَنْ أَعْمَالِكُمْ، ألاَ فَلاَ تَرْجِعُوا بَعْدِي ضُلاَّلاً يَضْرِبُ بَعْضُكُمْ رِقَابَ بَعْضٍ»[2].

---

(١) الغصب لُغَةً: مصدر غَصَبَهُ يَغْصِبُهُ بكسر الصاد. ويقال: اغتصبه أيضاً، وغَصَبَهُ منه، وغَصَبَهُ عليه بمعنى، والشيء غَصْبٌ ومغصوب، وهو في اللغة: أخذ الشيء ظُلْماً، قاله الجوْهَرِيُّ، وابن سيده، وغيرهما من أهل اللغة.

انظر: المصباح المنير ٢/٦١٣، الصحاح: ١/١٩٤، المطلع: ٢٧٤، المغرب: ٣٤٠.

واصطلاحاً:

عرفه أبو حنيفة وأبو يوسف بأنه: إزالة يد المالك عن ماله المتقوّم، على سبيل المُجاهَرَةِ والمغالبة بفعل من المال.

وقال محمد: الفعل من المال ليس بشرط لكونه غَصْباً.

عرفه الشافعية بأنه: أَخْذُ مالِ الغير، على وَجْهِ التعدي.

عرفه المالكية بأنه: أَخْذُ مال غير منفعة ظُلْماً قَهْراً لا بخوف قِتَالٍ.

عرفه الحَنَابلة بأنه: الاسْتِيلاءُ على مال الغير، بغير حَقٍّ.

انظر: بدائع الصنائع: ٩/٤٤٠٣، تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/٢٢٢، مغني المحتاج ٢/٢٧٥، مواهب الجليل: ٥/٢٧٤، حاشية الدسوقي: ٣/٤٤٢، المغني: ٥/٢٣٨، شرح منتهى الإرادات: ٢/٣٩٩.

(٢) أخرجه البخاري (١/١٩٠) كتاب العلم: باب قول النبي - ﷺ -: «رب مبلِّغ أوعى من سامع»، حديث (٦٧)، (١/٢٤٠)، كتاب العلم: باب ليبلغ العلم الشاهد الغائب، حديث (١٠٥)، (٤/٦٧٠)، كتاب الحج: باب: الخطبة أيام منى، حديث (١٧٤١)، (٦/٣٣٨)، كتاب بدء الخلق: باب ما جاء في سبع =

الغَصْبُ: هو الاستيلاءُ على مَالِ الغَيْرِ بجهةِ العدوان.

وهو معصيةٌ وسببٌ للضمان.

أما إذا حَبَسَ المالكُ عن مِلْكِهِ، حتَّى هَلَكَ مَالُهُ ـ: لا يضمنُ؛ لأنَّه لا صُنْعَ له في المالِ؛ كما لو أتلف طَعَامَ المُضْطَرِّ حتَّىٰ مات جوعاً ـ: ضَمِنَ الطعامَ، ولم يضمنِ النَّفس؛ لأنَّه لا صُنْعَ له في النفس.

وإذا غَصَبَ شيئاً، ثم ردّه كذلك، لم يتغيَّر؛ ولم يمض زمانٌ لمثله أجرة ـ: لا شَيْءَ عليه، وإن أمسكه زماناً لمثله أجرة ـ: يجب عليه أجْرُ مثل ذلك الزمانِ؛ سواء استعمله أو لم يستعمله.

وعنْدَ أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: منافعُ الغَصْبِ غَيْرُ مضمونةٍ، ولا يضمن المنفعةَ عنْدَهُ إلاَّ بعَقْدٍ أو شبهةِ عَقْدٍ.

وعند مالك ـ رحمة الله عليه ـ: إن استعمل ضَمِنَ أجْرَ المثْلِ، وإلاَّ فلا.

فنقولُ: المنفعةُ إذا ضمنت بشبهة العَقْدِ، وهو أنْ يستأجر شيئاً إجارةً فاسدةً ـ: وجب أن يضمن بالغصب، كالعين، بل هذا أولى؛ لأنَّ العقد يصدُرُ عن الرضَا، والرضَا سببٌ لسقوط الضمان، ثم لم يسقط به ضمانُ المنفعة، فالغصب الصادر عن عدم الرضا أولىٰ ألا يسقطه.

وإذا تلفت العينُ المَغْصُوبَةُ في يَدِ الغاصِبِ، أو أتْلفَهَا ـ: يجبُ عليه المِثْلُ، إن كان مثليًّا، وإنْ كان متقوَّماً: فالقيمة.

وإنَّما أوجبنا المِثْلَ في المثليِّ؛ لأنَّ إيجاب المثْلِ رُجُوعٌ إلى المشاهدةِ والقَطْعِ،

= أرضين، حديث (٣١٩٧)، (٧/ ٧١١)، كتاب المغازي: باب حجة الوداع، حديث (٤٤٠٦)، (١٠/ ١٠)، كتاب الأضاحي، باب: الأضحى يوم النحر، حديث (٥٥٥٠)، (١٣/ ٢٩)، كتاب الفتن: باب قول النبي ـ ﷺ ـ: «لا ترجعوا بعدي كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض»، حديث (٧٠٧٨)، (١٣/ ٤٣٣ ـ ٤٣٤)، كتاب التوحيد، باب: قول الله تعالى: ﴿وجوه يومئذٍ ناضرة﴾، حديث (٧٤٤٧)؛ ومسلم (٣/ ١٣٠٥ ـ ١٣٠٧)، كتاب القسامة، باب: تغليظ تحريم الدماء، حديث (٢٩، ٣٠، ٣١/ ١٦٧٩)؛ وأبو داود (١/ ٥٩٩)، كتاب المناسك: باب الأشهر الحرم، حديث (١٩٤٨)؛ وابن ماجه مختصراً (١/ ٨٥) المقدمة: باب من بلغ علماً، حديث (٢٣٣)؛ وأحمد (٥/ ٣٧، ٤٥، ٤٩)؛ وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٨٣٣)؛ والبيهقي (٥/ ١٤٠) كتاب الحج، باب: الخطبة يوم النحر، كلهم من طريق محمد بن سيرين عن عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه مرفوعاً.

تنبيه: سقط من إسناد ابن الجارود أبي بكرة ولعله سهو من طابع أو ناسخ فوقع محمد بن سيرين عن عبد الرحمن بن أبي بكرة قال: خطبنا رسول الله ـ ﷺ ـ وعبد الرحمن ليس هو القائل وليست له صحبة.

وإيجابُ القيمةِ رجُوعٌ إلى الاجتهادِ والظنِّ، وعند إمكانِ الرجوع إلى القَطْعِ: لا يصارُ إلى الظَّنِّ؛ كما لا يصارُ إلى القياسِ عند[1] وجود النَّصِّ.

وحَدُّ المثليِّ كلُّ مَكِيلٍ أو موزونٍ، جاز بَيْعُ بعضه ببعض، وجازَ السَّلَمُ فيه.

وشرطنا الكَيْلَ والوَزْنَ؛ لأنَّ أجزاء المَكِيلِ والموزونِ قَلَّما تختلُف، وشرطنا جواز بيع بعضِهِ ببعضٍ؛ لأنه يشبهه من حيثُ إنه يأخذ مثله، وقلْنا: يجوزُ السَّلَمُ فيه، لأنَّه يشبهه مِنْ حيثُ إنَّ البدل يثبت في ذمَّته؛ كالحيوانِ والثيابِ المتقوِّمة؛ لأنَّها ليسَتْ بمكيلةٍ ولا موزونةٍ، وكذلك العِنَبُ والرُّطَبُ والثِّمَارُ الرَّطْبَةُ؛ لأنَّه لا يجوزُ بيْعُ بعضها ببعضٍ، واللبن الحامضُ والعَسَلُ المصفَّى[2] بالنار واللآلىءُ والجواهرُ كلُّها متقوِّمةٌ؛ لأنَّه لا يجوزُ السَّلَمُ فيها.

والدراهمُ والدنانيرُ والحبوبُ والأدْهانُ والألْبانُ كلُّها مثليَّةٌ؛ لاجتماعِ هذه المعانِي فيها.

وقال العراقيُّون: حَدُّ المثليِّ: ما تتساوىٰ أجزاؤه، ولا يختلف أجزاءُ النَّوْعِ الواحد منه.

وقالوا: الصُّفْرُ[3] والنُّحاسُ متقوَّمٌ وعلى الحد الذي ذكرنا مثليٌّ، وما دام المِثْلُ موجوداً: علَيْه تحصيلُهُ، وإن علتْ قيمته، وإذا وقع المثلُ يبرأ، وإن قلَّت قيمته.

وقيل: إذا وجد المِثْلُ بأكثر مِنْ ثَمَنِ المِثْلِ ـ: لا يلزمُه المِثْلُ؛ لأنَّ وجود الشَّيء بأكثَرَ منْ ثمن المثلِ كعدمه؛ كالماء في الوضوءِ والرَّقبةِ في الكفَّارة؛ والأصحُّ: أنه يلزمُهُ؛ لأن المثل كالعَيْنِ؛ ولو كانَتِ العينُ قائمةً ـ: عليه ردُّها، وإنْ احتاج في ردِّها إلى أضعافِ ثمنها.

وإذا تراضَيا على أخذِ القيمة مع وجودِ المِثْلِ ـ: جاز، وإن[4] خرج المثْلُ عن أن يكونَ متقوَّماً بتبدل مكانٍ أو زمانٍ ـ: يجبُ علَيْهِ قيمتُهُ باعتبارِ مكانِ الإتلافِ وزمانِهِ؛ مثلُ: إنْ أتلف خمراً في الصَّيْفِ؛ فليس له رَدُّ المثل في الشتاءِ، بل عليه قيمةُ مثله في الصَّيْفِ؛ وكذلك: لو أتلَفَ علَيْه ماءً في مفازةٍ يعِزُّ فيها الماءُ، ثم اجتمعا في بلدٍ لَيْسَ له رَدُّ المثلِ؛ بل يجبُ عليه قيمتُهُ في مِثْلِ تلْكَ المفازة، فإذا أخذ القيمةَ في الشتاءِ، ثم جاء الصَّيْفُ، أو أخذ قيمة الماء في البلد، ثم اجتمعا في مِثْلِ تلك المفازةِ، هل [له] رَدُّ القيمة، ومطالبتُهُ بالمثل، أو هَلْ للغارمِ إعطاءُ المِثْلِ، واسترداد القيمة؟ فيه وجهان:

---

(١) في أ: مع.

(٢) المُصَفَّى: صفَّاه: أزال عنه القَذَىٰ والكُدْرَة، ونقاه مما يَشوبُهُ. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٥٢٠).

(٣) هو النُّحاس الأصفر. ينظر المعجم الوسيط ١/ ٥١٦.

(٤) في أ: إذا.

أحدهما: لا؛ لأنَّه وصل إلى حقِّه بأخذِ القيمة.

والثَّاني: له ذلكَ؛ لأنَّ أخذَ القيمةِ كان؛ لأنَّه لم يصلْ إلى كمالِ حَقِّهِ، وقد زال ذلك المعنىٰ.

ولو أتلف عليه مثْليًا، ثم لقيه ببلدٍ آخَرَ، هل له مطالبته بالمثلِ؟ نُظر: إن لم يكُنْ لنقله مؤنَةٌ كالدراهمِ والدنانيرِ ـ: له ذلك، وإن كان لنقله مؤنةٌ ـ: ليس للمتلَفِ عليه مطالبتُهُ بالمِثْلِ، ولا للمُتْلِف إجبارُهُ على قبولِ المثْلِ إلاَّ أنْ يَتَراضيا، فإنْ لم يتفقا أخذ المالك قيمةَ مِثْله بٱعتبارِ بَلَدِ الإتلافِ، فإذا رضي وأخذ المِثْلَ ـ: لم يكُنْ له أن يكلِّفه مؤنة النَّقْلِ، وإذا أخذ القيمة، ثم اجتمعا في بلد الإتلاف، هل لأحدهما مطالبة الآخر بالردِّ ـ فعلى الوجهَيْن، وكذلك: لو لم يكن المثْلُ موجوداً يوم الإتلاف، ثم وجد ـ نُظر: إن وجد قبل أخذ القيمة ـ: يأخذ المثل، وإن وجد بعد أخذِ القيمةِ، هل يترَادَّان؟ فعلىٰ وجهين؛ كذلك حُكْم القرض.

أما [إذا] غصب مِثْليًا، ونقلَهُ إلىٰ بلدٍ آخَرَ ـ: فللمالِكِ مطالبته بعينه، وله أنْ يُكَلِّفَهُ رَدَّ عينه إلى بلدِ الغَصْبِ، أو يطالبه بقيمتِهِ، ثم إذا عاد إلىٰ بلده، وعيَّن ما غصبه قائماً ـ: ردَّ القيمة، وأخذ العين.

ولو تلف في يد الغاصبِ في البلد المَنْقُول إليه ـ: كان للمالكِ مطالبتُهُ بمثله؛ لأنَّ الطلب بعينه قد توجَّه عليْه في ذلك البلد؛ فليس أحد البلدَيْن أولىٰ من الآخر، فإن لم يوجَدْ له مثل ـ: طالبه بأكثر البلدَيْن قيمة؛ كما في المقوَّم.

والتِّبْر والسَّبيكة مثليٌّ أو متقوَّم؟ فيه وجهان، فإن أتلف شيئاً من جنسِ الأثمانِ ـ نُظِر: إنْ لم يكُنْ فيه صنعةٌ؛ كالتِّبْرِ والنقْرَة: إن قلنا: هي مثليَّةٌ ـ: يغرَّم مثلها، وإنْ قُلنا: متقوَّمة ـ: تقوَّم بنَقْدِ البلدِ، سواءٌ كان مِنْ جنسه أو مِنْ غَيْرِ جنسه، وقيل: إن كان نقد البلد من جنسه: فإذا قوِّم به ـ: تزيد قيمته علىٰ وزنه ـ: فيقوَّم بغير جنس حَقِّهِ؛ حتى لا يؤدِّي إلى الربا، وإن كانَتْ له صنعةٌ ـ لا يخلو: إما إنْ كان ممَّا يحِلُّ ٱستعمالُهُ أو لا يَحِلُّ ٱستعماله: فإن كان يحلُّ؛ كالخاتَمِ وحُلِيِّ النِّسَاء ـ: فما الحكْمُ فيه؟

قال الشيخُ: إنَّ صنعة الحليِّ متقوَّمة، أمَّا وزن الحليِّ مثليٌّ أو متقوَّم؟ فيه وجهان:

الأصحُّ: أنه مثليٌّ؛ فعلىٰ هذا إذا أتلف حُلِيًّا، وزْنُهُ مائةٌ، وقيمته مائتان ـ: يضمَنُ الوزن بمثله، والصنعة بنَقْدِ البلد، سواءٌ كان مِنْ جنسه أو مِن غير جنسه.

وقيل: يضمن الكلّ بغير جنسه؛ كيلا يؤدي[1] إلى الرِّبا من حيث إنه يصيرُ كبَيْعِ مالِ

(١) في أ: بمثله يؤدي إلى الربا.

الرِّبا بجنسه مع الفضلِ، وبه قال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ.

والأوَّل المذهب؛ لأنَّ الربا يجري في العقود لا في الغرامات.

قال ـ رضي الله عنه ـ: وإنْ قلنا: وَزْنُ الحليِّ متقوَّم ـ: يضمن الكلّ الوزْن والصَّنْعة جميعاً بنَقْدِ البلدِ؛ سواء كانَ مِنْ جنسه أو مِنْ غير جنسه، ولو لم يتلف إلاَّ الصنعة بأنْ كسرها ـ: يغرم النقصان بنَقْدِ البلد؛ سواءٌ كان نَقْدُ البلد من جنسه أو مِنْ غيْر جنسه، وإذا[1] كان ذلك الشيءُ لا يحلُّ ٱستعماله مِثْلَ أوانِي الذهب والفضَّة ـ: ففي جوازِ ٱتخاذه وجهان.

إن قلنا: يحرم اتخاذُهُ ـ: فهو في الضمانِ كالسَّبيكة؛ لأنه لا قيمةَ للصَّنْعة.

وإن قلنا: لا يحرم ـ: فكالحليِّ؛ لأنَّ الصنعةَ متقوَّمة، أما إذا غصب متقوَّماً، فتلف في يده، أو أتلفه ـ: يجبُ عليه قيمتُهُ مِنْ نقد البلد الذي تَلِف فيه أكثَرَ ما كانَتْ مِنْ يوم الغصب إلى يومِ التلف؛ لأنَّه في الحالة التي زادَتْ قيمتها غاصبٌ مخاطب بالردِّ؛ كما قبلها، حتَّى لو غَصَبَ عبداً محترفاً، فنسي الحرفَةَ، أو كان يحسِنُ القرآنَ، فنَسِيَ، ثم مات ـ: يجبُ عليه قيمة عَبْدٍ محترفٍ [أو] قارىءٍ، أو شَاةً سمينةً، فعزلَتْ، ثم ماتَتْ: عليه قيمةُ شاةٍ سمينةٍ؛ وكذلك: يضمن نقصانَ السوقِ عند هلاك العينِ؛ مثل: إن غصب عبداً قيمتُهُ مائةٌ، فارتفعتِ الأسواقُ وبلغَتْ قيمتُهُ مائتين ثم ٱنْحَطَّتْ، فعادَتْ إلى مائةٍ، ثم هلك ـ: يجبُ عليه مائتانِ.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: تجبُ قيمته بٱعتبارِ يَوْمِ الغصبِ، وبالاتفاق: لا يعتبر ٱرتفاعُ السُّوق بعد تَلَفِ العين، حتَّى لو كانت قيمتُهُ مائةً، فهلك عنده، ثم بلغَتْ قيمة مثله[2] مائتين ـ: لا يجبُ إلاَّ مائة.

ولو ٱرتفعتْ قيمتُهُ مراراً بالسُّوق ـ: لا يتكرَّر ضمانها؛ بل يضمن أكثرها؛ مِثْلُ: إن كانَتْ قيمتُهُ عشرةً، فٱرتفعتِ الأسواقُ، وبلغَتْ قيمته عشرينَ، ثم ٱنحطَّتِ الأسواقُ، فعادَتْ إلى عشرة، ثم ٱرتفعَتْ، فبلغَتْ ثلاثين، ثم هلكَتْ ـ: يضمن ثلاثين، ولا يضمن خمسين.

وإذا غصب مثليًّا، فتلف في يدِهِ، أو أتلفه، وانقطع المثْلُ ـ: يأخذ قيمته، ولا نعني بالانقطاع: ألاَّ يُوجَدَ في الدنيا، بل إذا لم يُوجَدْ في بلد الغصب وبلدِ الإتلافِ وحواليْه في المواضعِ التي لا يتعذَّر حملُهُ ـ: فهو منقطعٌ، يأخُذُ القيمة، ولا يلزمه حمله من البلادِ البعيدةِ؛ كما ذكرنا في المسلم فيه، إذا انقطَعَ، ثم كَيْفَ نعتبر قيمته بعد انقطاع المِثْلِ ـ: ففيه ثلاثُ أوجُهٍ:

---

(١) في ظ: وإن.

(٢) في أ: مثلها.

أحدها: علَيْه قيمتُهُ أكثَرَ ما كانَتْ مِنْ يومِ الغصبِ إلى يومِ التلفِ، ولا عبْرَةَ بٱزديادِ قيمةِ أمثالِهِ بعْدَ تلفه؛ كما في المتقوَّمات.

والثاني: عليه قيمتُهُ أكثَرَ مَا كانَتْ مِنْ يومِ الغصبِ إلى انقطاع المثلِ، وهذا أصحُّ؛ لأنَّ وجود المثلِ، كقيامِ العينِ؛ بدليلِ أن له مطالبَتَهُ بالمثْلِ عنْدَ وجودِهِ؛ كما يطالب بالعَيْن عند قيامها؛ فانقطاعُ المِثْلِ يكونُ كتلف العَيْن.

والثالث: عليه قيمتُهُ أكثَرَ ما كانَتْ مِنْ يومِ الغصبِ إلى يومِ التغريم[1]، والأخذ؛ لأنَّ طلَبَ المِثْل لا يسقُطُ بالانقطاعِ؛ بدليل أنَّ المثل إذا وجد ـ: يجبُ عليه المِثْلُ؛ فالانتقالُ إلى القيمةِ يكُونُ يومَ الأخذ، فٱعتبر به.

وقيل: أصْلُ هذا: أنَّ المِثْلَ إذا انقطع ـ: فالواجبُ عليه قيمة الأصْل أم قيمة المثلِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: قيمةُ الأصْل؛ لأنَّه أتلف الأصْلَ.

والثاني: قيمةُ المِثلِ؛ لأنَّ الواجب بالإتلافِ مثْلُهُ فإذا عدم وجبَتْ قيمته: فإذا قُلْنا: الواجبُ قيمةُ الأصْلِ ـ: فلا نعتبر ما بعد التلفِ، وعليه أكثرُ ما كانَتْ قيمته من يوم الغصبِ إلى التلفِ، وإنْ قلنا: الواجبُ قيمةُ المثلِ ـ: فنعتبر ما بعده، فيعتبر بيوم التغريم.

ولو أتلف على إنسانٍ مثليًا، ولم يغصبه، وٱنقطع المِثْلُ ـ: قال الشيخُ: على الوجْهِ الأوَّلِ: عليه قيمتُهُ بٱعتبار يومِ الإتلاف، وعلى الثَّاني: عليه قيمتُهُ أكثَرَ ما كانَتْ مِنْ يومِ الإتلافِ إلى انقطاعِ المثلِ، وعلى الثالث: إلى يوم التغريم.

وإذا غصب مثليًا، واتَّخذَ منه ما لا مِثْلَ له، وتلف عنده ـ: يضمن الأكثر؛ مثلُ: إن غصب حنطةً، فطحنها، وخبزها، وأكلها؛ فإنْ كانت قيمةُ الحنطةِ أكثَرَ ـ: يجبُ عليه مثلها، وإنْ كانَتْ قيمةُ الدقيق أو الخبزِ أكثَرَ ـ يجبُ عليه قيمتُهُ، وإنِ ٱستوَتْ قيمةُ الكلِّ ـ: أخذ مثل الحنطة؛ لأنَّ المِثْلَ أقربُ إلى المغصوبِ؛ وكذلك: لو غصب متقوَّماً، وصار مثليًا بفعله، أو بغَيْرِ فعله؛ مثل: إنْ غَصَبَ رطباً، فصار تمراً، وهلك عنده: فإن كانت قيمة الرطبِ أكثَرَ ـ: تجبُ عليه قيمتُهُ، وإنْ كانَتْ قيمةُ التمر أكثَرَ ـ: يجبُ عليه مثلُهُ، وإن ٱستويا ـ: أخذ مثل التمر، ولو غصب مثليًا، فاتخذ منه مثليًا آخَرَ؛ مثل: إنْ غَصَبَ سمسماً، فعصره دُهْناً، وتلف عنده ـ: فأيهما كان أكثر قيمةً يجبُ عليه مثلُهُ، وإن ٱستويا ـ: يأخذ مثلَ أيهما شاء.

---

(١) التَّغْريمُ: غرَّمه: ألزمه تأدية الغرامة، والغرامة في المال: ما يلزم أداؤه؛ تأدياً، أو تعويضاً. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٦٥٧).

هذا كلُّه فيما إذا تلف المغصوبُ عند الغاصب، أما إذا كان المغصوبُ قائماً، لكن دخله نقصٌ ـ نُظر: إن كان النقصانُ مِنْ جهة السُّوقِ؛ بأن كانَتْ قيمتُهُ يَوْمَ الغصبِ مائةً، فتراجَعَتِ الأسواقُ، وعادَتْ قيمته إلى خمسين، فردَّهُ ـ: لا يجب عليه نقصانُ السُّوقِ، قال أبو ثور: يجبُ عليه نقصانُ السُّوق؛ كما لو تلفت العين ـ: يضمن نقصان السوق.

قلنا: في حالِ بقاءِ العين: الواجبُ عليه رَدُّ العَيْن؛ كما لو غصب، وهو مخاطبٌ به، وقد ردهَا كما أمر، أمَّا بعد تلف العَيْنِ: الواجِبُ عليه رَدُّ القيمةِ، فيجبُ عليه الأكثرُ؛ لأنَّه مخاطبٌ بردِّهِ عند كثرة قيمته، فإذا لم يفعلْ حتَّىٰ هلك ـ: ضَمِنَ قيمته، أما سائر النقائص: فيجب عليه ضمانُهَا مع رَدِّ العين، سواءٌ كانَتْ نقصانَ جزءٍ، أو نقصانَ وصْفٍ حَصَلَ بفعله، أو بآفةٍ سماويةٍ؛ مثل: إن غصب عبداً أو حيواناً، فسقط عُضْوٌ من أعضائه، أو حَدَثَ به عَيْبٌ آخر، أو ضربه، فعيبه، أو كان العبْدُ: محترفاً، أو كاتباً، أو قارئاً؛ فنسي الحِرْفة، والكتابةَ، والقُرْآن، أو غصب شاةً سمينةً، فهزلت، فردَّها ـ: يجب عليه ضمانُ النقصانِ، ويلزم ضمان الجزء الفائت أكثر ما كان مِنْ يوم الغصْبِ إلى حين تلف ذلك الجزء، ولا يراعى زيادة القيمةِ مِنْ بعد تلفِ الجزءِ؛ كما لا يراعى زيادة قيمة العين بعد تلفها؛ وكذلك: لو حدثت الزوائد في يد الغاصبِ بفعله، فزالَتْ ـ: مثلُ: إن غصب عبداً أحترف، فعلَّمه حرفة، أو علَّمه القرآن، أو الأدَبَ أو الفِقْه أو الشِّعْرَ أو شيئاً يجوزُ تعليمه، فنسيها، ثم ردَّهُ، أو غَصَبَ شاةً هزيلةً، فسمنت، ثم زالَ السِّمَنُ، وردَّهَا ـ: يجبُ عليه ضمانُ النقصانِ، ولو غصب غَزْلاً قيمته درهَمٌ، فنسجه، فصارَتْ قيمته عشرةً، ثم نقضه، فعادَتْ إلى دَراهِم، أو غصب جوهرَ زجاجٍ قيمتُهُ درهمٌ، فاتَّخذَ منه قدحاً ليساوي عَشَرةً، فانكسر، فعادَتْ قيمته إلى درهمٍ، وردَّهُ مكسوراً ـ: يغرَمُ تسعةً، ولو انكسر، فعادَتْ قيمتُهُ إلىٰ خمسةٍ، فرد ـ: يغرَم خمسة.

ولو تكرَّرَتْ هذه النقائصُ، هل يتكرَّر الضمانُ ـ نُظِر: إن كانت مختلفةً؛ مثلُ: إن علَّمه حرفة، فنسيها، ثم عَلَّمَهُ أخرى، فنسيها أو علَّمه سورةً من القرآن، فنسيها، ثم علَّمه سورةً أخرىٰ، فنسيها ـ: يتكرَّر عليه الضمانُ، حتَّى لو علَّمه عشرين سورةً، كلّ ذلك ينساها، أو عشرين حرفةً، فنسيها ـ: يضمن عشرين مرة.

ولو غصبهُ، وهو محترِفٌ، فنسي حرفَتَهُ، وانتقصَتْ قيمته، ثم علَّمه حرفةً أخرىٰ زادَتْ قيمته على ما كانَتْ يوْمَ الغصبِ، ثم ردَّهُ ـ: يجب عليه نقصانُ نِسْيَانِ حرفَةِ الأوْلىٰ، ولا يتخير ذلك النقصان بهذه الزيادةِ، ولو[1] علَّمه حرفةً واحدةً مراراً، أو سورةً من القرآنِ مراراً، وهو ينساها، فهلْ يتكرَّر عليه الضمانُ؟ فيه وجهان:

---

(١) في ظ: وإن.

أحدُهُما: يضمَنُ مراراً؛ كالْحِرَفِ المختلفة.

والثاني: لا يتكرَّر؛ لأنَّه عيَّن ما ضمنه مرةً؛ فعليه ضمان. أكثرها قيمةً.

ولو غَصَبَ شاةً سمينةً، فهزلت، ثم سمنت، ثم هزلت ـ: هل يضمَنُ السِّمَنَ مراراً؟ اختلف أصحابُنَا فيه:

منهم مَنْ قال: فيه وجهانِ: كالحرفة الواحدةِ، والسُّورةِ الواحدةِ يتعلَّمها مراراً.

ومنهم من قال ـ وإليه ذهب صاحبُ «التلخيص» ـ: يضمنُ مراراً وجهاً واحداً؛ لأنَّ السِّمَنَ الثاني غيرُ الأوَّل، وهو بمنزلة الحرفَتَيْن، بخلاف الحرفةِ الواحدةِ؛ فإنَّ الثانية عَيْنُ الأولى؛ فلا يضمنها مرتَيْنِ؛ وكذلك: لو غصب جوهر زُجاجٍ، فاتخذَ مِنْهُ إناءً، فانكسر، ثم اتخذه قدحاً بعد الكَسْر، ثم انكسر ـ: هلْ يغرَّم الكَسْرَ مرتَيْن؟ نُظر:

إنْ كانَتِ الصنعةُ الثانيةُ غيْرَ الأولىٰ ـ: يضمن مرتين، وإن كانَتْ مثْلَ الأولىٰ ـ: فكالسمن، وذكر صاحب «التلخيص» أنه يضمنه مراراً بخلاف الحرفةِ الواحدةِ.

وعلى هذا: لو غصب شاةً سمينةً، فهزلت، ثم سمنت، ثم ردَّها، أو عبداً يُحْسِنُ القرآنَ، فنسي، ثم تعلَّم، ثم ردَّهُ ـ: هل يجبُ عليه ضمانُ الهزالِ[1]، وضمانُ النسيانِ، أم يتخيَّرُ بما حدث؟ فعلىٰ وجهين؛ بناءً على تكرر الضمانِ، إنْ قلنا: لا يتكرَّر الضمانُ ـ: يتخيَّر، وإلاَّ فلا يتخيَّر.

ولو غصب جاريةً بها سِمَنٌ مُفْرِطٌ، فزال بعضُهُ، ولم ينتقص قيمتها ـ: ردَّهَا، ولا شيء عليه.

ولو غصب ثوباً، فأمسكه مدةً لها أجْرٌ، فانتقصت قيمته بآفةٍ، فردّه ـ: فيجب عليه أرشُ النقصانِ، وأجْرُ مثلِ تلكَ المدَّة؛ كما لو غصب عبداً، فأمسكه مدَّةً، فسقط عَضْوُهُ أو مَرِضَ عنده ـ: ردَّهُ مع أجْرِ المثلِ وأرشِ النقصانِ.

قال الشيخُ: ثم يُنْظَرُ: إنْ سقط عُضْوُهُ، أو مَرِضَ، ثم أمسكه مدةً ـ: عليه أرشُ النقصانِ، وأجْرُ مثْلِ عَبْدٍ، ناقصٍ، فإن أمسكه مدَّةً، ثم سقط عضْوُهُ أو مَرِضَ ـ: عليه أجْرُ مِثْلِ عَبْدٍ سليمٍ، وأرش النقصان؛ لأنَّ مضيَّ الزمانِ، إذا كان بعد الهلاكِ: لا يوجب أجر مثله.

فأمَّا إذا لبس الثَّوبَ مدَّةً، وأبلاه باللُّبس ـ: هل يجبُ عليه أجْرُ المِثْلِ مَعَ أرش النقصان؟ فيه وجهان:

---

(١) في أ: أو ضمان.

أصحُّهما: يجبُ كلاهما؛ كما لو أنتقصَتْ قيمته بسببٍ آخَرَ.

والثاني: لا يجبُ إلاَّ أكثرُ الأمرَيْن: إمَّا الأجرةُ، أو أرش النقصانِ؛ لأنَّ النقص حصَلَ بما حَصَلَ عليه الأجرةَ، وهو: الاستعمالُ؛ فلا يجتمعانِ؛ ولهذا لا يضمَنُ المستأجِرُ نقصانَ الأجزاء.

ولو غصب ثوباً قيمتُهُ عشرون، فانحطَّتِ السوقُ، ثم عادتْ قيمتُهُ إلى عشرةٍ، ثم أستعمله، فصارت قيمتُهُ خمسةً، ثم رَدَّهُ ـ: يجبُ عليه عَشَرةٌ؛ لأنَّه تلف بالاستعمال نصْفُ الثوب، فيقابله نصف نقصان السوق، ونقصان السوق يضمن عند تلف العين.

ولو غَصَبَهُ وقيمته عشرون، فاستعمل أولاً حتَّى عادت قيمتُهُ إلى عشرةٍ، ثم انحطَّتِ السوقُ، فعادَتْ قيمته إلى خمسةٍ، ثم ردَّهُ ـ: يجبُ عليه ضمانُ العَشَرة التي هلكتْ بالاستعمال، ولا يجبُ خمْسَةَ عشَرَ؛ لأنَّ نقصان السوقِ قابلٌ ما بقي بعد الاستعمالِ، وعند رَدِّ العينِ؛ لا يجبُ نقصانُ السوق.

ولو غصبه وقيمتُهُ عَشَرَةٌ، فأستعمله، فعادَتْ قيمته إلى خمسة، ثم أرتفعتِ الأسواقُ، فصارَتْ قيمتُهُ عشرةً، ثم ردَّهُ ـ: قال ابن حَدَّادٍ: يردُّ معه عشرةً؛ لأنَّه أتلف نصْفَ الثوب بالاستعمالِ، ولو كان الكلُّ قائماً ـ: كانَتْ قيمتُهُ عشرينَ، ولَيْسَ بصحيحٍ، بل لا يجِبُ علَيْه إلاَّ الخمسةُ التي تَلِفَتْ بالاستعمالِ، ولا يعتَبَرُ أرتفاعُ السُّوقِ في النصْفِ الذي تلف؛ كما لو غَصَب ثوبَيْن قيمةُ كُلِّ واحدٍ خمسة، فتلفَ أحدُهُما، ثم أرتفعت السُّوقُ، فصارَتْ قيمة القائم عشرةً؛ لا يجبُ عليه للتالفِ إلاَّ خمسةٌ.

ولو غصب عبداً، فجرحه ـ نُظِر: إنْ لم يكُنْ لتلكَ الجراحةِ أرْشٌ مقدَّر في الأحرارِ ـ: يجبُ عليْه ردُّه مع أَرْشِ النقصانِ، وإن كان لها أرْشٌ مقدَّرٌ في الأحرارِ ـ: يجبُ عليه ردُّهُ؛ مثلُ: إنْ قطع إحدىٰ يديه، أو إحدَىٰ رِجْلَيهِ؛ فعلىٰ قوله القديمِ: يجبُ على غير الغاصبِ بهذه الجنايةِ أرْشُ النقصان، فعلى الغاصب كذلك، وعلى قوله الجديد: يجبُ على غير الغاصب نصْفُ القيمة؛ فعلَىٰ هذا القول: يَجِبُ على الغاصبِ أكثَرُ الأمرَيْن: إما نصْفُ القيمةِ أو أرْشُ النقصان؛ فإن كان نصْفُ القيمة أكثَرَ ـ: يجبُ ذلك؛ لوجودِ سببه، وهو: القطعُ، وإن كان أرشُ النقصانِ أكثرَ ـ: يجبُ ذلك لوجودِ سببه، وهو الغصب.

ولو شَلَّتْ يَدُهُ في يد الغاصِبِ ـ: يجبُ عليه أرْشُ النقصان، ولو قطع يدَيْهِ عليه كمالُ قيمته، ولو قَطَعَ أنثيَيْهِ، فزادتْ به قيمتُهُ ـ: يجبُ عليه قيمتُهُ؛ لأنَّ للأنثيين بدلاً مقدَّراً لا يضمن بما ينقص من القيمة؛ بخلاف ما لو كان بالجارية سِمَنٌ مُفْرِطٌ، فزال ولم تنتقص قيمتها؛ لأنَّه ليس للسمَن بدلٌ مقدَّرٌ، إنما يضمن ما ينتقصُ مِنَ القيمة، فإذا لم ينتقص لا يضمن.

ولو قطع أجنبيٌّ إحدى يديه في يَدِ الغاصبِ ـ: ففي القديم: يجبُ عليه أرْشُ النقصانِ، والمالكُ بالخيارِ: إن شاءَ أخذه من الغاصِبِ، وإنْ شاءَ أخذَهُ من القاطعِ، وقرارُ الضمانِ على القاطع.

وعلى القولِ الجديدِ: يجبُ على القاطعِ نصْفُ قيمته، ثم: إنْ كان نِصْفُ قيمته مِثْلَ أرشِ النقصان، أو أكثرَ ـ: فالمالكُ يطالبُ أيهما شاءَ، والقرار على القاطع، وإنْ كان نصْفُ القيمة أقلَّ ـ: يطالبُ بنصْفِ القيمة، أيهما شاء، والقرار على القاطع، وما زاد على نصفِ القيمة إلى كمالِ أرْشِ النقصانِ ـ: يكونُ على الغاصب؛ لا يطالب به القاطع.

ولو قتله قاتِلٌ في يدِ الغاصبِ ـ نُظِر: إن كان القاتِلُ عَبْداً قتله عمداً ـ: فللمالكِ أنْ يقتصَّ، ولا شيءَ له علَى الغاصبِ؛ لأنَّه أخذ بدلَ دَمِهِ، وإن كانَ مُوجِباً للمالِ، أو عفى علىٰ مالٍ: فإن كان الجاني حُرًّا ـ: فالمالك يرجعُ بالقيمةِ، إن شاء على الغاصب، وإن شاء على القاتل، والقرارُ على القاتل.

وإنْ كان الجانِي عَبْداً ـ نُظِر: إنْ سلم سيِّدُ العبد الجانِي العَبْد للبيع، فَبِيعَ: فإن كانَتْ قيمتُهُ مثْلَ قيمةِ المقتولِ ـ: أخذها، ولا شيءَ على الغاصب، وإن كانَتْ أكثَرَ ـ: فالفضْلُ لمالكه، وإن كانَتْ أقلَّ، فيرجع بالنقصانِ على الغاصبِ، وإن ٱختار سيِّدُ العبد الجاني الفداءَ: فإنْ قلنا: يفدى بأرْشِ الجنايةِ ـ: أخذه سيِّدُ المقتول، ولا شَيءَ على الغاصبِ، وإنْ قُلْنا: يفدى بالأقَلِّ؛ فإن كانَتْ قيمةُ المقتول مثل قيمة القاتل، أو أقلَّ ـ: أخذها، ولا شيء على الغاصب إلا أنه طريقٌ فيه، فإنْ كانت قيمة المقتول أكثر ـ: فالفضل على الغاصب.

ولو جنى العَبْد في يدِ الغاصبِ بأنْ قتل إنساناً أو قَطَعَ يد إنسان، أو سرَقَ، وٱستردَّه المالكُ، فقتل في يده قِصَاصاً، أو قطع قصاصاً، أو سرقه، أو كَانَ قد ٱرتَدَّ في يدِ الغاصبِ، فقتل في يد المالك بالرِّدةِ ـ: يرجعُ المالكُ بقيمته، أو بأرشِ يدِهِ على الغاصبِ؛ لأن السَّبَبَ وُجِدَ في يده؛ وكذلك: لو جنى في يدِ الغاصبِ، فٱستردَّهُ المالكُ، وَبِيعَ في الجناية ـ: يرجعُ المالكُ بقيمته على الغاصب، فإنْ كان أرشُ الجنايةِ ألْفاً وقيمتُهُ خمسمائة ـ: بيع في الجناية[1] لا يرجعُ إلاَّ بخمسمائة حتَّى لو غبن إنسان، أو ٱرتفع السوقُ في يد المالكِ، فبلغَتْ قيمته ألفاً، فبيع بألْفٍ ـ: أخذ المجنيُّ عليه كلَّها، ولا يرجعُ المالكُ على الغاصِبِ إلاَّ بخمسمائة؛ لأنَّه لم يكُنْ في ضمانه إلاَّ قيمته.

ولو عَفَا المجنيُّ عليه ـ: فلا رجوعَ للمالكِ على الغاصِبِ بشيءٍ.

ولو مات العَبْدُ في يدِ الغاصبِ ـ: أخَذَ المالكُ قيمته من الغاصب، ثم المجنيُّ عليه

---

(١) في ظ: البيع.

يطالبه بحقِّه من قيمته، فإذا دفع إليه ـ: رجَعَ المالكُ على الغاصب بما أخذ مِنْهُ المجنيُّ عليه مِنْ قيمته، فيضمَنُ قيمته مرتَين؛ بخلاف ما لو جَنَىٰ عبْدٌ في يدِ مالكِهِ، ثم غصبه غاصبٌ، فمات في يده ـ: لا يغرَّم قيمتَهُ إلاَّ مرةً واحدةً؛ لأنَّ الجناية لم توجَدْ في ضمانه.

ولو قتله أجنبيٌّ في يد الغاصب بَعْدَ ما جنى ـ: فالمالك: إنْ شاء غرَّمَ الغاصبَ، وإن شاء غرَّم الجانِيَ؛ فإن غرم الجاني ـ: أخذ المجني عليه منْهُ ما أخذ مِنَ الجاني، ثم المالكُ يرجع على الغاصب ثانياً، والغاصِبُ يرجعُ على الجانِي مرةً واحدةً.

ولو غصب عبداً، قيمته ألفٌ، فتراجَعَتْ قيمته فِي يدِ الغاصب بالسوق إلى خمسمائةٍ، ثم جنى جنايةً أرْشُهَا ألفٌ، ومات عنده ـ: أخَذَ المالِكُ من الغاصِبِ ألفاً؛ اعتباراً بالأكثر، ولم يكن للمجنيِّ عليه إلاَّ خمسمائةٍ، لأنَّه لَيْسَ له إلاَّ قدر قيمته يوم الجناية.

ولو غصب ثَوْباً فشقَّهُ، أو إناءً فكسره، أو عَصًا فرَضَّضَه[1] ـ: يجبُ عليه رَدُّه مع أرش النقصانِ، ولا يجبَرُ على إصلاحِ الإناءِ ورَفْوِ[2] الثوب، وعند مالك ـ رحمة الله عليه ـ: يجبَرُ عليه؛ كما لو جعل الأرْض صَفْراً ـ: يجب عليه تسويتها.

قلنا: لأنَّ الأرْض بالتسوية تَعُودُ إلى ما كانَتْ عليه، والثوب بالرفو لا يعودُ إلى ما كان عليْه، وما دام شيءٌ من المغصوب باقياً ـ: يجب عليه رَدُّه.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إذا جَنَى على المغصوب جنايةً ـ: فوَّتَ جُلَّ منفعته، لَيْسَ للمالكِ أنْ يأخذ شيئاً من الغاصبِ إلاَّ أنْ يترك العَيْن إلَيْهِ، فيأخذ قيمتها، وإنْ جنى جنايةً فوت إطلاق اسْمه ـ: ملكه الغاصب، وعليه قيمته حتى قال: لو قطع إحْدىٰ يَدَيِ العبدِ ـ: يجب عليه نصْفُ قيمته.

ولو قطع كلتا يَدَيْهِ ـ: فلا شيء للمالك إلاّ أن يترك العبد إلى الغاصب، فيأخذ منه قيمته.

ولو غصب ثوباً، فشقَّه عَرْضاً ـ: ردَّهُ معَ أرْشِ النقصانِ، ولو شَقَّهُ طُولاً، أو صبغه أسْوَدَ، قال: لا شَيء للمالك إلاَّ أن يترك إلَيْه الثوْبَ، فيأخذ قيمته.

ولو قطع الثوبْ؛ فخاطَهُ ملبوساً، قال: يملكُهُ الغاصبُ، وعليه قيمتُهُ؛ وكذلك قال: لو غصب شاةً مذبحة، قال: لا شيءَ للمالك إلاَّ أن يتركها إلى الغاصِبِ، فيأخذ قيمتها، وإن شَوَىٰ لحمها ـ قال: ملكها، وعلَيْهِ قيمتها.

---

(١) رَضَّضَه: دقَّه جريشاً أو كَسَرَهُ فهو مَرْضوض، ورضيض. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٣٥١).

(٢) رَفْوُ: رفا الثوب ونحوه من كل منسوج: أصلحه وضمَّ بعضه إلى بعض.
ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٣٦٣، ٣٦٤).

وقال: إذا غَصَبَ نُحاساً، فاتَّخَذ إناءً يملك ـ فنقول: جنى على ملك الغيرِ، فلا يتوقَّفُ وجوبُ الضمانِ على التمليكِ؛ كما إذا قطع إحدَىٰ يَدَيْهِ، يؤيِّده: أنكما إذا أوجبتم الضَّمانَ على الغاصِبِ عند قلَّةِ الجنايةِ مِنْ غَير أنْ جعلتم لَهُ شيئاً في مقابلته، فعند كثرة الجناية أولىٰ.

ولو غصب حنطةً، فبلَّهَا، أو عفنت عنده: فإن كان النقصان متناهياً ـ: عليه ردُّهَا، مع ضمان النقصانِ، وإن كان النقصان الذي دخلها غَيْرَ مُتَنَاهٍ ـ: ففيه قولان:

أصحهما: يَرُدُّهَا مع ضمانِ النقصانِ؛ كما في النقصان المتناهي.

والثاني: المالكُ بالخيارِ: إن شاء أخذها مع الضمان بالنقصان، وإن شاء تَرَكَها إلى الغاصِبِ، وأخذ منه مِثْلَ حنطة.

ولو غصب سَمْناً وعَسلاً ودَقيقاً، فاتَّخَذ منه خَبيصاً[1] ـ: فقد أنتقص كُلٌّ واحد منهما نقصاناً غَيْرَ مُتناهٍ؛ ففي قولٍ: يأخذها مع أرْشِ النقصانِ الذي دَخَلَها.

وفي الثاني: يتخيَّرُ بَيْنَ هذا، وبَيْنَ أن يتركها، ويأخذ مثلَ ما هو مثْليٌّ، وقيمةَ ما هو متقوَّم منها.

ولو غَصَبَ عَبْداً فأبَق مِنْ يده، أو غَيَّبَهُ إلى بلدٍ، أو دابَّةً فضلَّت ـ: فللمالكِ أن يأخذ قيمته مِنَ الغاصبِ للحيلولة، ويملك المالكُ مَا أخذ مِنَ القِيمةِ؛ كما يملك بدل المتلف.

ولا يملكُ الغاصِبُ المغْصُوبَ حتَّى إذا وجده: يجبُ عليه ردُّهُ؛ فيسترد القيمة، كما لو جنى على عَيْنِهِ، فابيضَّتْ، فأخذ الأرش ثم عاد بَصَرُهُ ـ: عليه رَدُّ الأرش.

ولا ينفد تصرُّف الغاصب في العَبْدِ، وينفد تصرُّف المالكِ في القيمة، وما حَصَلَ من المغصوبِ مِنَ النماء والزيادةِ بَعْدَ دَفْعِ القيمةِ ـ: يكون للمالك.

وهل يكونُ مضموناً على الغاصب، سواءٌ كانَتِ الزيادةُ متصلةً أو منفصلةً؟ فيه وجهان:

أحدهما: يكونُ مضموناً عليه؛ كالحاصل قَبْلَ أداء القيمة.

والثاني: لا يكونُ مضموناً عليه؛ لأنَّ ضمانه بضمان الأصلِ، وقد سقط ضَمَانُ الأصْلِ بأداءِ القيمةِ، فسقَطَ ضمانُ الزوائدِ، وكذلك ـ: هَلْ يجبُ على الغاصِبِ أجْرُ مِثْلِ المغصوبِ مِنْ حينِ دَفْعَ القيمةَ إلىٰ أن رَدَّهُ؟ فيه وجهان.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إذا غرم القيمة ـ: ملك العَبْد، ولا رَدَّ عليه؛ إلاَّ

---

(١) الحلواء المخبوصة من التمر والسَّمن وجمعها أخبصة. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٢١٤).

أن يأخُذَ المالكُ القيمةَ بقول الغاصبِ، فبان أكثرَ؛ فله الرَّدُّ.

فنقولُ: أخذ بدل ملكه المغصوب من الغاصب؛ لتعذُّر الرَّدِّ، فإذا زالَ العُذْرَ ـ: وجَبَ أن يجبَ؛ كما لو كان المغصوب مُدَبَّراً؛ يؤيِّده: أن التضمين لَوْ كانَ يوجبُ التمليكَ ـ: وجَبَ ألاَّ يضمَنَ المدبَّر؛ لأن عندكم: المدبَّر لا يملكُ كالحرِّ.

ولو كان لرجلٍ زوج خُفٍّ، قيمتهما عَشَرةٌ، فغصب رجلٌ أحدهما، أو أتلفه، وعاد قيمةُ الثاني إلىٰ درهمينِ ـ: كمْ يلزمُهُ من الضمان؟ فيه وجهان:

أصحُّهما ـ وعليه أكثر أصحابنا ـ يلزمُهُ خمسةٌ؛ لأنَّ قيمةَ ما تلفه خمسة.

والثاني ـ وبه قال صاحب «التلخيص» ـ: يلزمُهُ ثمانية؛ لأن انتقاصَ قيمة الثاني بسَبب غصبه، ولا خلافَ أنَّه إذا سَرَقَ الفَرْدُ، ولم تكُنْ قيمته نصاباً، وكان نصاباً مع النقصانِ الذي دَخَلَ الثاني أنَّ القَطْعَ ـ: لا يجب، لأنَّه يندرىء بالشبهة؛ كما لو دخل حِرْزاً، وأتلف فيه مالاً ـ: يجبُ الضمان علَيْهِ، ولا يجبُ القطع.

أما إذا غَصَبَ الزَّوجَ معاً، ثم رَدَّ أحدهما، وقيمتُهُ درهماً ـ: يلزمُهُ ثمانيةٌ؛ لأنَّ الغصب وجد فيهما، والنقص وجد في المغصوب.

ولو غصب بَيْضَةً، فأحضنها تَحْتَ دَجَاجَةٍ، فأخرجت فِراخاً، أو غصب حنطةً، فبذرها، فنبتتْ، وازْدادَتْ ـ: ففيه أوجه:

أصحُّهما: ما حصل للمالك، ولا شيَء له سواه؛ لأنَّ المغصوب عاد إِلَيْهِ زائداً، فإنْ كانَتْ قيمتُهُ أنقصَ ممَّا غصب ـ: عليه أرش النقصان.

والثاني: الكُلُّ للغاصِبِ، وعليه مِثْلُ الحنطةِ وقيمة البيضة؛ لأنَّ المغصوبَ قد هلكَ في يَدِه، وما حصل بشيءٍ حدث له.

والثالث: ما حصل للمالك، ويجبُ على الغاصِبِ قيمةُ البيضة، ومثل الحنطة؛ لأنَّ المغصوبَ قد هلك في يده ـ: فعليه ضمانُهُ والحادثُ زيادةٌ زادَهُ الله تعالىٰ على عينِ مالِ المالكِ؛ فيكون له.

وفي الإفلاسِ: لو فَعَلَهُ المشتري، ثم أفلس بالثمنِ: فإن قلنا في الغصب: يكونُ ما حصَلَ للمالِكِ، ولا شيء له سواه ـ: ففي الإفلاس: للبائعِ أخْذُهُ، ولا ثمن له، وإن قلنا بالوجهين الآخَرَين ـ: فليس للمفلِسِ إلاَّ مضاربَةُ[1] الغُرَماءِ.

---

(١) المُضارَبَةُ: في الشرع: عقد شركة في الرِّبح بمال من رجل، وعمل من آخر. ينظر: المعجم الوسيط (٥٣٩/١).

ولو غَصَبَ شجرةً، فسقط ورقُهَا، ثم نَبَتَ، أو غَصَبَ شاةً، فَجَزَّ شعرها، ثم نَبَت ـ: فعليه ضمانُ ما سقط من الوَرَقِ، وما جزَّ مِنَ الشعْرِ، ولا يتخيَّر الأوَّل بما نَبَتَ، بخلاف ما لو غصَبَ جاريةً، فسقط شَعْرُها، ثم نبت، أو سقط سِنُّهَا، ثم نبت ـ: يتخيَّر الأوَّل بالآخر؛ لأنَّ الأول لم يكُنْ متقوَّماً؛ إنَّما وجبَ عليه أرشُ النقصانِ؛ لفقْدِه، وقد زال النقصُ؛ بخلاف الوَرَقِ والصُّوفِ؛ فإنَّه متقوَّم؛ كما لو غَصَبَ جارية، فولَدَتْ، واصفرَّ لونها، ثم زال: يتخيَّر.

ولو غصب عَصيراً، فتخمَّر في يده ـ: أراق الخمر، وردَّ مِثْلَ العصيرِ، فلو تخلَّلَتْ بعده في يده ـ: فيه وجهان:

أحدهما: رَدَّ الخَلِّ وأرْشَ النقصان.

والثاني: رَدَّ الخَلِّ ومِثْلَ العصيرِ؛ لأنَّه لمَّا تخمَّرَ، صَارَ كالتَّالِفِ، فإذا تخلَّلَتْ فهي زيادةٌ زادها الله تعالىٰ للمالك.

ولو غَصَبَ شيئاً لا قيمةَ له ممَّا يجوزُ اقتناؤه مِنْ كلْبِ صيدٍ أو جِلْد ميتةٍ ـ: عليه مؤْنَةُ ردِّه، فإنْ تلف عنده ـ: لا شيء عليه، فإنْ أمْسَك الكَلْب زماناً، هَلْ عليه أجر مثلِهِ؟ فيه وجهان؛ بناءً على جواز إجارته.

ولو دبغ جِلْد الميتة ـ: عليه ردُّهُ.

ولو غصب شاةً، فماتَتْ، فدبغ الغاصب جلْدَها ـ: يجبُ عليه قيمةُ الشَّاة، وهَلْ يجبُ عليه ردُّ الجلدِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجِبُ؛ كما لو غصب الجِلْد، فدبغه.

والثاني: لا يجبُ؛ لأنه ضمن جَميعَ قيمةِ الشَّاة.

ولو غَصَبَ خمراً مِنْ ذمِّيٍّ ـ: يجب عليه رَدُّها؛ لأنَّه بذل الجزية على ألاَّ نتعرض له فيها.

وإنْ غصبها مِنْ مُسْلِم ـ نُظر: إنْ صَبَّ في الدَّنِّ[1] بنيَّة الخَلِّ ـ: عليه ردُّهَا، وإن صَبَّ بنيَّة الخَمْرِ ـ: أراقها، ولا يجبُ ردُّهَا؛ لأنَّ النبيَّ ـ ﷺ ـ حِين سألَهُ أَبُو طَلْحَةَ عَنْ أيْتامٍ وَرِثُوا خَمْراً؟ ـ «أمَرَهُ بِإرَاقَتِهَا»[2]، فإنْ تخلَّلَتْ في يده: علَيْه رَدُّ الخَلِّ؛ كالجلد يدبغ؛ لأنَّه صار مالاً علىٰ حُكْم ملكه، فإنْ تلف عنده ضمنه.

---

(١) الدَّنُّ: وعاء ضخم للخمر ونحوها. ينظر: المعجم الوسيط (١/٢٩٨).
(٢) تقدم تخريجه في كتاب الطهارة.

وقيلَ: يلزمُهُ رَدُّ الخَلِّ، وفي الجلْدِ، إذا دبغه: وجهان؛ لأنه صار مالاً بفعله، والْخَمْر تخلَّلَتْ لا بصنعه.

وقيل: يلزمُهُ رَدُّ الجلد، وفي الخَلِّ وجهان؛ لأن من غصب الخمر ـ: لم يغصب ما يجوزُ اقتناؤه؛ بخلاف جلد الميتة.

هذا إذا لم يرفعِ المالكُ يَدَهُ عنها، فإن ماتَتْ شاةٌ، فألقاها صاحبُهَا أو خَمْراً، فأراقها صاحبُهَا، وأخذها رَجُلٌ، فدبغ جلْدَهَا، أو تخلَّلَتِ الخمُر عنده ـ: هل لصاحبها أَنْ يستردَّهَا؟ فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك.

والثاني: لَيْسَ له ذلك؛ لأنَّهُ أَبْطَلَ حقَّهُ بالطَّرْحِ.

ولو غَصَبَ عَبْداً مُرْتَدًّا ـ: عليه رَدُّهُ، ويغرَّم مؤنة الرَّدِّ، ولو أمسكه زماناً ـ: عليه أجر المثلِ، فلو هلك في يده أو قتله الغاصبُ ـ: هل عليه الضمان؟ فيه[1] وجهان:

أحدهما: لا يجبُ؛ لأنَّ دَمَهُ هَدَرٌ، كما لو قتله في يَدِ المالك.

والثَّاني: يجبُ؛ لأنَّه مُتقوَّم؛ كما يضمن منافعَهُ، فلو قتله أجنبيٌّ في يد الغاصبِ ـ: لا ضمانَ عَلَى القاتلِ، وهَلْ يجبُ على الغاصبِ؟ فيه وجهان.

وأُمُّ الوَلَدِ تضمَنُ بالغصب، وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: لا تضمن.

أما الحُرُّ: فلا يضمن بالغصب، صغيراً كان أو كبيراً، حتَّى لو حمل حُرًّا صغيراً على مَسْبَعَةٍ[2]، فأكله سَبعٌ ـ: لا ضمان عليه، وعند أبي حنيفة: يضمن.

وبالاتفاق: لو مات في يَدِه: لا يضمن، ولو غصب صَبِيًّا، وعليه حُلِيٌّ، هل يضمن الحليَّ؟ فيه[3] وجهان:

أحدهما: لا يضمن؛ لأن الحُلِيَّ في يد الصبيِّ، ولم تدخلْ في يد الغاصب.

والثاني: يضمن؛ لأنَّ الصبيَّ غَيْرُ كاملِ اليدِ.

ولو حبس حُرًّا مدَّةً، هل يلزمُهُ أجْرُ مثله؟ ـ نُظِرَ: إن استعمله ـ: يجبُ، وإن لم يستعملْه ـ: فيه وجهان:

---

(١) في أ: وفيه.

(٢) المَسْبَعَةُ: الأرض الكثيرة السِّبَاعِ. ينظر: المعجم الوسيط (١/٤١٦).

(٣) في أ: وفيه.

أحدهما: يجب؛ كالعبد.

والثاني: لا يجبُ؛ لأنَّ الحُرَّ لا يدخُلُ تَحْتَ اليد.

ولو ألقتِ الريحُ ثوباً لإنسانٍ في دارِهِ ـ: لزمه حفظه كاللُّقطَةِ، فإنْ عرف صاحبَهُ ـ لزِمَهُ إعلامُهُ، فإنْ لم يفعَلْ ـ: ضمنه، وإنْ وقع في داره طائرٌ ـ: لا يلزمه حِفْظُهُ، ولا إعلام صاحبه؛ لأنَّهُ محفوظٌ بنفسه؛ فإنْ دخلَتْ حمامَةٌ في بُرْجِهِ، فأغلق عليها الباب؛ فإنْ نَوىٰ إمساكها على نفسه ـ: ضمنها؛ كالغاصب، وإنْ لم ينوه ـ: لم يضمن؛ لأنه يتصرَّف في بُرْجِهِ بردِّ الباب.

فَصْلٌ في الزَّوائِدِ الَّتي تَحْصُلُ في المَغْصُوبِ أو مِنْهُ

الزَّوائدُ التي تحصُلُ في المغصوبِ أو مِنْهُ ـ: تكون مملوكةً للمغصوبِ منْهُ، مضمونةً على الغاصب[1]؛ مثلُ: إنْ غصب جاريةً أو شاةً، فولَدتْ في يد الغاصبِ، أو شجَرةً فأثمرَتْ ـ: يكون الولد والثمرةُ للمالِكِ، ويكونُ مضموناً على الغاصب، فلو ألقتِ الجاريةُ جَنِيناً ميِّتاً ـ: فالمذهب: أنه لا يضمن الولد.

---

(١) اتفق الفقهاء جميعاً على وجوب رد المغصوب إلى مالكه، وهذا إجماع لا يعلم لأحد فيه خلاف، وسندهم في ذلك ما يأتي:

أولاً ـ ما رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن السائب بن يزيد عن أبيه قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعباً، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه».

ثانياً ـ ما رواه الخمسة إلا النسائي عن الحسن عن سمرة أن النبي ـ ﷺ ـ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

ورد العين هو الواجب الأصلي في الغصب، ورد المثل أو القيمة مخلص بطريق الخلف، وهذا رأي فريق من الحنفية وعليه الأئمة الثلاثة، وذهب فريق آخر من الحنفية إلى أن الواجب هو المثل أو القيمة ورد العين مخلص بطريق الخلف.

استدل الفريق الأول: بأن الغاصب لا يقبل منه المثل أو القيمة حال قيام العين، فلو كان الواجب الأصلي هو المثل أو القيمة لقبل منه ذلك.

ونوقش هذا الدليل بأن عدم قبول الضمان حال قيام العين لا يدل على أنه ليس بأصل كالظهر مع الجمعة فإن الظهر هو الأصل والجمعة خلف عنه ولا يصار إليه إلا عند العجز عن إقامتها.

وأجيب عن هذا النقاش بأن ثبوت ذلك في الجمعة مع الظهر جاء على خلاف القياس فيقتصر عليه.

واستدل الفريق الثاني بأنه يصح الإبراء عن الضمان حال قيام العين، وتصح الكفالة بالمغصوب، ولا تجب الزكاة في مال الغاصب إن بلغ نصاباً. فلو كان الواجب الأصلي هو رد العين، لما صح الإبراء إذ الإبراء عن العين لا يصح، ولما صحت الكفالة لأنها لا تصح بالأعيان، ولوجبت الزكاة في النصاب لعدم ما ينتقص به، إذ العين لا تثبت في الذمة. =

ولو غصب دراهمَ أو دنانير، فَٱشترىٰ بها سلعةً - نُظِرَ: إن اشترىٰ بعينها - في الجديدِ -: يكون باطلاً، وفي القديم: يكونُ موقوفاً علىٰ إجازة المالكِ، فإنْ أجاز - صحَّ

= وقد نوقش هذا الدليل بأن الدين في مسألتي الإبراء والزكاة له شبهة الوجود في الحال، إذ هو بعرضية أن يوجد، والكفالة تصح بالأعيان المضمونة بنفسها، والمغصوب منها.

هذه هي أدلة الطرفين، وهي كما يُرى فروع فقهية، وليس مع أحد الفريقين في الأدلة التي عثرنا عليها نص من كتاب أو سنة، كما أنه ليس مع أحدهما إجماع أو قياس، ولا يظهر لهذا الخلاف ثمرة عملية في مسائل الغصب لاتفـاق الطرفين على الفروع التي قدمناها في أدلتهم، كما أننا لم نعثر على فرع من مسائله مختلف فيه مبناه هذا الأصل. والصحيح عندي رأي الفريق الأول لوجهين: «الأول»: حديث السائب المتقدم فإنه صريح في إيجاب رد العين على الغاصب ولم يوجب عليه أمراً آخر. «الثاني»: ما عهد من أصول الشريعة وقواعدها العامة بإيفاء كل ذي حق حقه كاملاً غير منقوص، ولا يتأتى هذا إلا بتقرير رد العين ابتداء إذ هو أكمل من رد المثل أو القيمة.

ويؤمر الغاصب بالرد على الحالة التي كان عليها الشيء المغصوب، فلو غصب شخص باباً من دار، أو مزلاجاً من باب أو نافذة أمر برده إلى الحالة التي كان عليها. وكما يجب على الغاصب رد العين المغصوبة، كذلك يجب عليه رد الزوائد المنفصلة الحاصلة عنده لأنها نماء مال المغصوب منه فتكون باقية على ملكه.

وزيادة المغصوب إما أن تكون منفصلة عنه وإما أن تكون متصلة به فإن كانت الزيادة منفصلة عن المغصوب أخذها المغصوب منه مع الأصل، ولا شيء عليه للغاصب سواء كانت الزيادة متولدة من الأصل كالولد والثمر واللبن والصوف، أو في حكم المتولد من الأصل كالأرش والعقر، أو غير متولدة أصلاً كالكسب من الصيد وذلك لأن المتولد نماء ملكه وما هو في حكم المتولد بدل الجزء أو ماله حكم الجزء المملوك، وغير المتولد كسب ملكه فيكون جميع ذلك ملكاً له، وهذا متفق عليه بين الفقهاء.

أما بدل المنفعة وهو الأجرة بأن آجر الغاصب المغصوب فإن الغاصب يملك الأجرة عند الحنفية خلافاً لغيرهم، والكلام في ذلك قد سبق بسطه عند الكلام على ضمان المنافع.

وأما الزيادة المتصلة فهي على قسمين: «القسم الأول» ما يمكن فيه إعادة العين المغصوبة إلى حالتها الأولى كالأرض يبنيها الغاصب أو يزرعها. «القسم الثاني» ما يتعذر فيه ذلك كالسويق يلت بالسمن: إذا أمكن إرجاع المغصوب إلى حالته الأولى كلف الغاصب بإعادته إلى تلك الحالة وإن ترتب على ذلك نقص ضمنه، ويلزم بأجر المثل في مدة الغصب عند غير الحنفية.

وفرض الكلام في البناء والغراس في أرض الغير، وهو نوع من أنواع الالتصاق الصناعي في عرف القانون [التصاق منقول بعقار] ولذلك ثلاث حالات:

«الحالة الأولى»: البناء أو الغراس في أرض الغير بمال مملوك للغاصب. لو بنى الغاصب أو غرس في أرض الغير بمال مملوك له فللمالك أن يكلفه بهدم البناء وقلع الغراس وتسليم الأرض فارغة إليه وهذا الحكم متفق عليه بين الفقهاء والدليل على ذلك ما يأتي:

أولاً - ما رواه أبو داود والدارقطني عن عروة بن الزبير عن عائشة أن رسول الله - ﷺ - قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق». والغارس والباني كل منهما صاحب عرق ظالم فلا يكون لهما أي حق في الأرض. =

له، وإن لم يجز ـ: بطل، فإن ٱشترى في الذمَّة، ونقد تلك الدراهم أو الدنانير في ثمنها وَربحَ ـ: فَفي الربحِ قولانِ: قال ـ في القديم ـ: هو للمغصوبِ منه؛ لأنَّه نُماء ملكه كثمرة الشجرةِ، وفي الجديد: يكون للغاصِبِ؛ فإذا تَلِفَ عنده ـ: يضمنه.

= ثانياً ـ أن الغاصب شغل ملك غيره بملكه من غير إذنه فيلزمه تفريقه كما لو شغل أرض غيره بأثاثه أو حيوانه.

ولو أراد المالك أن يتملك البناء أو الغراس كان له ذلك وملكه بالقيمة فيقوم مستحق القلع ويعطى للغاصب، وهذا عند المالكية.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه ليس له ذلك إلا إذا قبل الغاصب أما إذا لم يقبل وأراد القلع فلا يجبر عليه لأنه معاوضة والمعاوضة لا بد فيها من الرضا. وعن الشافعية رواية بالإجبار إذا لم يقبل الغاصب وذهب الحنفية إلى أنه يجوز للمالك وذلك إن كان القلع أو الهدم ينقص الأرض لما فيه من النظر لهما.

وقلع الغراس أو هدم البناء هو ظاهر الرواية عند الحنفية، ولكن نقل عن الكرخي تفصيل حاصله: «إذا كانت قيمة البناء أو الغراس أكثر من قيمة الأرض لا يؤمر الغاصب بالقلع، بل يتملك الأرض بقيمتها وإن كانت قيمة البناء، أو الغراس أقل من قيمة الأرض فإنه يؤمر بالقلع: وقد عللوا ذلك بأن الضرر في خروج الغاصب عن بنائه أو غرسه بالقيمة أشد من خروج المالك عن أرضه بالقيمة، والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف. وقالوا إن هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد منها: لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة، أو أدخل البقر رأسه في قدر ولم يمكن إخراجه إلاّ بكسر القدر أو سقط دينار في محبرة غيره ولم يمكن إخراجه إلا بكسرها، فإن صاحب الأكثر يتملك الأقل بالضمان.

وعندي أن هذا تعليل في مقابلة النص، لأن النص لم يفرق بين الحالتين، إذ نفي في حق الغاصب في الأرض سواء كانت أكثر من قيمة البناء أو أقل، بخلاف غيرها من المسائل المذكورة إذ لا يشملها النص، ولو قلنا بذلك لفتحنا للغصَّاب [وهم أصحاب حول وطول ومال وجاه] باب العدوان فيعمدون إلى غيرهم من أصحاب الأرضين الذين لا يسمحون لهم بإعطاء أراضيهم فيشيدون عليها البنايات الشاهقة وبذلك يضيع على الناس حرية التصرف في أموالهم، مع أن الشارع قد حفظ لهم تلك الحرية.

فإن كانت الأرض تنقص بالقلع ضمن الغاصب النقصان.

وقال الحنفية يضمن المالك للغاصب قيمة البناء أو الغراس مستحق القلع ويكونان له: وعللوا ذلك بأن فيه نظراً لهما ودفعاً للضرر عنهما.

وعندي أن هذا محمول على سبيل التخيير لا على سبيل الإلزام، لأن المالك يتضرر بهذا الضمان إن أجبر عليه، إذ قد يكون له غرض آخر في أرضه غير البناء أو الغراس فلو أوجبنا عليه الضمان وقلع ذلك توصلاً إلى غرضه لازداد ضرراً، أما الغاصب فإنه يجب أن يتحمل ضمان النقصان لأنه معتد.

وتجب أجرة الأرض إن مكثت في يد الغاصب مدة تجب لمثلها أجرة ولم يتعرض الحنفية لأجر المدة التي شغل الغاصب فيها الأرض كما تعرض لذلك غيرهم، لأنهم لا يقولون بضمان المنافع. وبناء على ما قدمنا من ترجيح القول بضمان المنافع فإننا نرى وجوب الأجرة على الغاصب في المدة التي شغل فيها الأرض هذا ويرى الفقهاء أن مصاريف القلع أو الهدم يتحملها الغاصب وحده. البناء أو الغراس في أرض الغير بمال مملوك لغير الغاصب والمالك ذهب الحنابلة إلى أن المالك مخير في هذه الحالة بين تملك البناء أو الغراس بالقيمة وبين قلعه مع ضمان: النقصان للمالك والضامن للنقصان هو الغاصب. =

ولو غصب عبداً، فأكتسب في يدِهِ، أو أصطاد ـ: يكون كسبه لمالكه، ويكون مضموناً على الغاصبِ، وهل يجبُ عليه أجْرُ المثل لمُدَّةِ الاصطياد؟ فيه وجهان:

= وذهب الشافعية إلى أن لكل من مالك الأرض ومالك البناء إلزام الغاصب بالقلع ويضمن لكل منهما ما أصابه من نقص.

وإذا لم يمكن إرجاع العين المغصوبة إلى حالتها الأولى فإما أن تكون الزيادة متولدة من الأصل كالسّمن والجمال والحسن، والحكم في هذه الحالة أن المالك يأخذ هذه الزيادة مع الأصل، ولا شيء عليه للغاصب، لأن هذه الزيادة نماء ملكه. وإمّا أن تكون الزيادة غير متولدة من الأصل ولها حالتان: الحالة الأولى: أن تكون الزيادة عين مال متقوم للغاصب قائم بالعين المغصوبة كما إذا غصب ثوباً وصبغه أو دقيقاً فلته بسمن، أو جلد حيوان مذكى فدبغه بماله قيمة. «الحالة الثانية»: ألا تكون الزيادة عين مال متقوم له.

«الحالة الأولى»: إن كانت الزيادة عين مال متقوم للغاصب وهو قائم بالمال المغصوب ففيه تفصيل وخلاف بين الفقهاء يعلم من مسألة الصبغ الآتية.

إذا غصب إنسان ثوباً وصبغه فلا يخلو إما أن يصبغه بصبغ مملوك له أو مملوك للمالك أو مغصوب من غير صاحب الثوب.

فإن كان الصبغ للغاصب فقد ذهب الحنفية والمالكية إلى أن المالك بالخيار إن شاء أخذ الثوب من الغاصب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه وإن شاء ترك الثوب على الغاصب وضمنه قيمته قبل الصبغ يوم الغصب أمّا ولاية أخذ الثوب فلأن الثوب ملك المالك، وقد وجد شرط الرّد وهو قيامه من كل وجه، وأما ضمان ما زاد الصبغ فيه فلأن للغاصب عين مال متقوم قائم بالثوب، ولا سبيل إلى إبطال ملكه عليه من غير ضمان رعاية للجانبين، وأما ترك الثوب وتضمين الغاصب القيمة فلأن المالك لا يأخذ الثوب إلا بضمان الزيادة، ولا سبيل إلى جبره على الضمان لانعدام مباشرة سبب وجوب الضمان.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الغاصب يصير شريكاً للمالك في الثوب فيباع ويقسم الثمن على قدر حقهما وهو قول عند الحنفية: وللشافعية والحنابلة هنا تفصيل لأحوال الزيادة وبيان حق كل منهما تبعاً لهذه الزيادة.

وإن كان الصبغ مملوكاً لصاحب الثوب وقد غصبهما معاً ثم صبغ الثوب به أخذ المالك الثوب بزيادته ولا شيء للغاصب في هذه الزيادة استحساناً عند الحنفية وهو مذهب الحنابلة والشافعية.

وإن كان الصبغ لغيرهما بأن غصب ثوباً من إنسان وغصب صبغاً من غيره قال الحنفية يضمن الغاصب لصاحب الصبغ مثله وملكه بالضمان.

وبملكه يصير الحكم مثل الحالة الأولى، وهي ما لو صبغ الثوب بصبغ نفسه: وقال الشافعية والحنابلة: يشترك مالك الثوب ومالك الصبغ في الثوب المغصوب على قدر حقهما.

ونظر الحنفية هنا أدق لأن الواجب في غصب ذوات الأمثال المستهلكة هو ضمان المثل والصبغ قد استهلكه الغاصب فوجب عليه الضمان لمالكه.

«الحالة الثانية»: وإن كانت الزيادة ليست عين مال متقوم كما لو غصب حيواناً فازداد قيمة في يده، أو غصب أرضاً فيها زرع أو شجر فقام عليه حتى أينع وأثمر، أو غصب نخلاً فأبّره ولقحه، أو غصب ثوباً فغسله ونظفه أو فتل اطرافه، أو غصب جلد حيوان فدبغه بما لا قيمة له فالزيادة مع الأصل للمغصوب =

أحدهما: يجبُ؛ لأنَّه أتلف على المالك منافعَهُ.

والثاني: لا يجبُ؛ لأنَّ منافعه صارَتْ إلى المَوْلى.

ولو غصب جارحةً؛ كالفَهْد والبازي[1]، واصطاد بها ـ: فالصَّيْدُ لِمَنْ يكون؟ فيه وجهان:

أحدهما: يكونُ للمغْصُوبِ منه؛ كصيد العبد.

والثاني: يكون للغاصِبِ؛ لأنَّه المُرْسِلُ، والجارحةُ آلةٌ لا تصطادُ بنفسها؛ كما لو غَصَبَ شبكةً أو قَوْساً، فاصطادَ به: تكونُ للغاصِبِ؛ فعلىٰ هذا: يجب عليه أجْرُ مِثْلِ الجارحة؛ كما يجب أجْرُ مِثْلِ الشبكة.

فَصْلٌ في مَنَافِعِ الغَصْبِ

قد ذكرنا أنَّ منافعَ الغَصْب مضمونةً على الغاصِب، وإن لم يستوفها أصْلاً، أما إذا غصب جاريةً[2] ـ: فمنفعة بضعها لا تكونُ مضمونةً عليه، إذا لم يستوفها، فإذا وطئها الغاصبُ؛ فهو كما لو وطئها على الغاصبِ، فإن كان عالماً بالتحريم ـ: يجبُ عليه الحَدُّ، ويجبُ مهر المثل، إن كانَتِ الجاريةُ مكرهةً، وإن كانَتْ طائعةً ـ: فالمذهبُ أنه لا يجبُ المَهْرُ كالحرَّةِ، إذا طاوعت بالزِّنا ـ: لا مهر لها.

وقيل: يجبُ المهْر؛ لأنَّهُ حَقُّ المولى؛ فلا يسقط بطواعيتها؛ كما لو قطع يد عبدٍ بإذنه ـ: يجب الضمانُ، والمذهبُ الأوَّل؛ لأنَّ لها يداً في إسقاطِ مَهْرِها بالإرضاع والارتدادِ قَبْلَ الدخولِ؛ فإن وطئها جاهلاً بالتحريم: بأن كان قريبَ العهْدِ بالإسلام، أو نشأ ببادية: لا عِلْم له بتحريمِ الزنا ـ: فلا حَدَّ عليه ويجبُ المَهْرُ، فإنْ كانَتْ بِكْراً، فافتضَّها، هَلْ يُفْرَدُ أرش الافتضاضِ[3] عَنِ المَهْرِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يُفْرَدُ، وعليه مَهْرُ مثل بِكْرٍ.

= منه، ولا شيء للغاصب، أما عمله فلأنه لا عقد ومنافع العامل لا تتقوم إلا به، وأما ما أنفقه فلأنه لم يؤذن له فيه فكان متبرعاً به.

ينظر: البدائع ٧/ ١٦٠، ١٦١، الشرح الكبير ٤/ ٤٠٧، مغني المحتاج ٢/ ٢٩٢، المغني ٥/ ٤٣١، الأم ٣/ ٢٢٦.

(١) البازيُّ: ضرب من الصُّقُور يستخدم في الصَّيد، والجمع: بَوَازٍ، وبُزَاةٌ. ينظر: المعجم الوسيط ١/ ٥٥.

(٢) في أ: للغاصب.

(٣) الافْتِضاضُ: فَضَّ الشيء: فرقه، وفضَّ عُذْرَة المَرْأة، وفضَّ ما بينهما: قطع. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٦٩٩).

والثاني: يُفْرَدُ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ ينفكُّ عن الآخرِ؛ فعليه أرشُ الافتضاضِ، ومَهْرُ مثلِ ثيِّبٍ، فإنْ كانَتِ الجاريةُ طائعةً، وقلنا: لا مَهْرَ للطائعة، فإنْ قلنا: يُفْرَدُ الأرش والافتضاض ـ: يجب عليه أرْشُ الافتضاض: فإن قلنا: لا يُفْرَدُ ـ: فَهَلْ تجبُ الزيادةُ علىٰ مَهْرِ مثلِ الثَّيِّب؟ فيه وجهان:

أحدُهما: لا يجبُ؛ كالحُرَّة الطائعةِ: لا شيءَ لها، وإن كانت بِكْراً.

والثاني: يجبُ؛ لأنَّه بمقابلةِ نقصانِ جُزْءٍ منها: فلا يسقط برضاها؛ كما لو رضيَتْ بقطع يَدِها ـ لا شيء لها، ولو وَطِئَ الجاريةَ المغصُوبَةَ مِراراً، أو المشتري مِنَ الغاصب: إذا وطئها مِرَاراً ـ نظر: إن كان عالماً بالتحريم ـ: يجبُ عليه لكلِّ وطأة مهْرٌ وإن كان جاهلاً ـ: لا يجبُ إلاَّ مهْرٌ واحدٌ؛ لأنَّه شبهةٌ واحدةٌ، فإن وطئها مَرَّةً جاهلاً، ثم علم، فوطئها ثانياً ـ: عليه مهران.

ولو وطئَ في النكاح الفاسدِ مراراً ـ: لا يجبُ إلاَّ مَهْرٌ واحدٌ؛ لأنَّ الشبهة واحدةٌ.

ولو وطيء امرأةً بالشبهة مِراراً ـ نُظر: إن كانت الشبهةُ واحدةً؛ بأن غَلِطَ في ليلةٍ واحدةٍ، فوطئها مراراً ـ: لا يجبُ إلاَّ مَهْرٌ واحدٌ، وإن زالَتْ تلْكَ الشبهةُ، ثم طرق شبهة أخرى، فوطئها ـ: يجبُ عليه مهْرٌ آخَرٌ.

ولو وطئَ الأَبُ جاريةَ ٱبْنِهِ مراراً، أو أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ وَطِيء الجاريةَ المشتركةَ مراراً عالماً، والسيِّدُ وَطِئَ مكاتَبَتَهُ مراراً ـ فهل يتكرَّر المَهْرُ، إذا اختلَفَتِ المجالسُ؟ ففيه وجهان:

أحدهما: يتكرَّر؛ لتعدُّد الوطئات؛ كما لو اختلفت المجالسُ.

والثاني: لا يتكرَّر؛ لاتحاد المجالس؛ كما لا يتعدَّد بتعدُّد الإيلاجاتِ[1] في وطأة واحدةٍ.

ولو وطيء الغاصبُ الجاريَةَ المغصُوبَةَ، وٱستولَدَها: فإن كانَ عالماً بالتحريمِ ـ: فالولدُ رقيقٌ للمالك، وهو مضمونٌ على الغاصِبِ، إنْ خرج حَيًّا، فإنْ مات في يده ـ: يجب عليه قيمتُهُ أكْثَر ما كانَتْ مِنْ يومِ الولادةِ إلى أنْ مات، وإنْ ماتت الأُمُّ في الطَّلْقِ ـ: يجبُ عليه قيمتُها، وإنَ دخلها نقْصٌ بالولادة ـ: يجبُ ضمانُهُ، وإنْ خرج الولَدُ ميتاً ـ: فلا يجبُ عليه

---

(١) الإيلاجاتُ: جمع، والمفرد: إيلاج. وهو الدخول، يقال: وَلَجَ الشيء في غيره يَلِجُ لِجَةً وولوجاً: دخل فيه.
ينظر: المعجم الوسيط (٢/١٠٦٨).

ضمانُهُ؛ على الصحيح مِنَ المَذْهَبِ؛ لأنَّه لم يدخُلْ في يده مالَهُ قيمةٌ؛ كما لو كان جاهلاً بالتحريم، فوطىء، وأتَتْ بولدٍ ميتٍ ـ: لا يجبُ ضمانه.

وفيه وجْهٌ آخَرُ: أنه يضْمَنُ الولد الميِّت بٱعتبار قيمتِهِ يَوْم الخروج، لـو خرج حيًّا؛ لأنَّ الشافعيَّ ـ رضي الله عنه ـ قال: خُذْهَا وما نقصها، وقيمة مَنْ كان منهم ميتاً؛ بخلاف ما لو كان جَاهِلاً بالتحريم؛ لأنَّ الولد هناك ٱنعقد على الحريَّة، ولا يضمن الحُرّ باليد.

والأوَّل المذهبُ؛ أنه[1] لا يضمن، والنصُّ محمولٌ على ما إذا خرج حَيًّا، ثم مات.

ولو ألقَتْ جنيناً ميتاً بضَرْبِ ضاربٍ ـ فعلى الضاربِ عُشْرُ قيمة الأُمِّ، والمالكُ بالخيار: إن شاء أخذَهُ من الغاصبِ، وإنْ شاءَ أخذه مِنَ الضاربِ، والقَرارُ على الضارب.

ولوَطِئَها الغاصِبُ جاهلاً بالتحريم ـ: فالولدُ حُرٌّ ثابتُ النسبِ، وعلى الغاصبِ قيمتُهُ بٱعتبارِ يَوْمِ السقوطِ؛ لأنَّهُ أولُ حَالةٍ يمكنُ فيه تقويمُ الولدِ، فإنْ خرج مَيّتاً ـ: لا يجبُ علَيْهِ ضمانُ الولد؛ لأنا لا نتيقَّنُ أنه نُفِخَ فيه الروحُ، وأن الغاصب أتْلَفَهُ، ولا يلزم[2] الضَّمَانُ بالشَّكِّ.

وإنْ ألقَتْ جنيناً ميّتاً عَقِيبَ الضَّرْبِ ـ: كان الظاهرُ أنه بضَربِهِ، وللمالك عُشْرُ قيمة الأمِّ على الغاصب؛ لأنَّه كما يقوَّم الجنينُ على الضارِبِ ـ: يقوَّمُ للمالكِ؛ وإنَّما قلنا: يستحقُّ عُشْرُ قيمة الأمِّ؛ لأنَّ حقَّه في القيمة؟ بدليل أنه لو خَرَجَ حيًّا ـ: كان يستحقُّ قيمته؛ بٱعتبارِ يومِ السقوطِ؛ فإذا خرج ميتاً ـ: فيستحق عُشْرَ قيمة الأمِّ، فإنْ كانَتِ الغُرَّةُ وعُشْرُ قيمةِ الأُمِّ سواءً ـ: أخذها السيِّدُ، فإن كانتِ الغُرَّةُ أكثَرَ ـ: أخذَ السَّيِّدُ قَدْرَ عُشْرِ قيمة الأمِّ، والباقي لورثةِ الجنينِ، فإن كانَتِ الغُرَّةُ أقَلَّ ـ: أخذَها السيِّدُ، وعلى الغاصبِ ما زاد عليها إلىٰ تمامِ عُشْرِ قيمةِ الأُمِّ؛ لأنَّ الولد لو كان مَمْلوكاً: كان يجِبُ للسيِّد على الجانِي عُشْرُ قيمة الأم؛ فالنُّقصانُ كان لحرِّيته، وحرِّيتُهُ بسبَبِ ٱعتقاد الغاصب، وإذا ماتَتِ الأمُّ في يده ـ: لزمَهُ قيمتها أكثَرَ ما كانَتْ من حين غصبها إلى أنْ تَلِفَتْ، ويدخل في ذلكَ ضمانُ أرْشِ البكارة ونقصانِ الولادةِ؛ لأنَّ ذلك ضَمَانُ نَقْصِ الأجزاءِ، وقد ضَمِنَ هو الجُملةَ؛ فدخل فيها نَقْصُ ضمانِ الأجزاءِ.

وإذا أتَتِ المغصوبةُ بولدٍ من زوجٍ أو زنا ـ: فهو مضمونٌ على الغاصبِ؛ كالولد الذي أتتْ به من الغاصبِ؛ وكذلك: ولد التهمة؛ سواءٌ غَصَبَهَا حامِلاً أو حائلاً، وإذا دَخَلَ الأمَّ نَقْصٌ بالولادةِ ـ: يجبُ عليه ضمانُ نقصانِ الولادَةِ مع قيمة الولدِ.

---

(١) في أ: لأنه.

(٢) في ظ: لا يغرم.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: ولد المغصوبة لا يكُونُ مضموناً على الغاصِبِ؛ سواءٌ غَصَبَهَا حَامِلاً أو حائلاً؛ إلاّ أن يطالبه المالِكُ بِرَدِّه، فلمْ يَرُدَّ: ضَمِن؛ وكذلك: جميعُ ما يحدُثُ مِنَ الزوائدِ مِنَ المغصوبِ: يكونُ أَمَانَةً عند الغاصب.

وإذا دخل الأمَّ نقْصٌ بالولادة عنده ـ: يتخيَّر نقصان الولادةِ بالوَلدِ، وإنْ كان بالنقصانِ أكثَرَ مِنْ قيمةِ الولَد ـ قالوا: لا يجبُ إلاّ تلْكَ الزيادةُ؛ فنقيس على وَلَدِ الصَّيْد يحدُثُ مضموناً على المُحْرِمِ بالجَزَاءِ، كذلك هذا يؤيده: أنَّ المُحرِمَ إذا غَصَبَ ظَبْيَةً مملوكةً، فأتَتْ بولدٍ، وتلف الولَدُ في يَدِهِ مِنْ غير صُنْع مِنْ جهته ـ: فلم يجبِ الجزاءُ لِلَّهِ تعالىٰ مع أن حَقَّ اللَّهِ تعالىٰ أقْرَبُ إلى السقوط؛ فَلأَنْ تَجِبَ القيمةُ للمالِكِ أَوْلَىٰ؛ مع أنَّ حقوقَ العبادِ أَقْرَبُ إلى اللزوم.

ولو وَطِئَ رجُلٌ حُرَّةً أجنبيةً ـ نُظِرَ: إن كانا عالِمَيْنِ بالتحريم ـ: يجب عليهما الحَدُّ، ولا مَهْرَ لها، ولا عِدَّةَ عليها، وإن حَدَثَ وَلَدٌ ـ: لا يثبت النسَبُ، وإنْ كانا جاهلَيْن بالحالِ ـ: لا حَدَّ عليهما، ولها المَهْرُ، وعليها العدَّةُ، وثَبَتَ النسَبُ، وإن كان الرجُلُ عالماً، والمرأةُ جاهلةً أو مكرهةً، أو كانَتْ نائمةً ـ: فيجب على الرجُلِ الحَدُّ، ولا حَدَّ على المرأةِ، ولا عِدَّةَ؛ لأنَّه لا حُرْمَةَ لِمَاءِ الرَّجُلِ، ولا يثبُتُ النسبُ، وكذلك: لو زنا عاقلٌ بمجنونةٍ: فإنْ كان الرجلُ جاهلاً، وهي عالمة أو كان نائماً، فأَستَدْخَلَتْ ذَكَرَهُ ـ: لا حَدَّ علَيْه، ولا مَهْرَ لها؛ لأنها زانيةٌ، ويجب عليها الحَدُّ، وتجبُ عليها العِدَّةُ لحرمة ماءِ الرجلِ، ويثبُتُ النَّسَبُ، وكذلك: لو مكَّنَتْ عاقلةٌ من مجنون.

وعند أبي حنيفة: الحَدُّ والمَهْرُ لا يجتمعانِ، فإذا أكره أمرأةً على الزنا ـ: لا يجبُ عليها الحَدُّ، ولا مَهْرَ لها؛ حتَّىٰ لو غَلِطَ بامرأةٍ، فوطئها علىٰ ظَنٍّ أنها زوجتُهُ ـ قال: إنْ كان هذا ليلةَ الزفافِ ـ: يجبُ المَهْرُ، ولا يجبُ الحَدُّ؛ لشبهةِ العَقْد، وإن كان في ليلةٍ أخرىٰ ـ: يجبُ الحَدُّ، ولا يجبُ المَهْرُ، وقال: لأنَّه فعْلٌ واحدٌ لا يتعلَّق به موجبان؛ أحدهما: يسقط بالشبهة، والآخر: لا يسقط، وكذلك: قالوا في السرقة: لا يجتمعُ القَطْعُ والغُرْمُ.

قلنا: المَهْرُ أحدُ ما يجبُ بالوطءِ في ملك الغير؛ فيجب على المكره العالم[1]؛ كالحدّ.

يؤيّده: أن المهْرَ حَقُّ المرأة، والحَدّ حَقُّ الشرع؛ فلا يمتنع أجتماعهما؛ كالمُحْرِمِ: إذا قتل صيداً مملوكاً ـ: يلزمه الجزاءُ لِلَّهِ تعالىٰ، والقيمةُ للمالك، وإنْ لم يكُنْ بُدٌّ مِنْ إسقاط أحدهما ـ: وجب أنْ يسقط الحَدُّ؛ لأنه يتدرك[2] بالشبهة، ويجبُ المَهْرُ؛ لأنَّه ثبت مع الشبهة.

(١) في ظ: الظالم.

(٢) في أ: يدري.

فَصْلٌ في بيع الغاصب الجارية المغصوبة

إذا باع الغاصِبُ الجاريَةَ المَغْصوبَةِ ـ: فكلُّ ما ذكرناه أنه يَلْزَمُ الغاصِبَ من أجْرِ مثْلٍ وأرْشِ نقصٍ ومَهْرٍ وقيمة ذلك ـ: فإنه يَلْزَمُ المشتَرِي أيضاً؛ لأنه أخذه مِنْ يَدِ ضامِنِهِ؛ فكان مضموناً عليه، فإن وطئَهَا المشتري ـ نُظرَ: إن كانَ عالماً بالحَال ـ: عليه الحَدُّ والمَهْرُ إنْ كانَتْ مكرهة؛ كما ذكرنا في الغاصب، ولا رجُوعَ له عَلى الغاصب، فإذا أخذه المالِكُ مِنَ الغاصب ـ: رجع عليه، وإن كان جاهلاً بالحالِ ـ: فلا حَدَّ عليه، وعليه المَهْرُ، وهل يرجعُ المشتري بالمَهْرِ بعدما غرم على الغاصب؟ فيه قولان:

أحدهما ـ قاله في القديم ـ: يرْجِعُ؛ لأنَّه غَرَّهُ، وهو لم يشرع في العقد على أنْ يضمن المَهْر.

والثاني ـ وهو الأصحُّ، وهو قولُهُ الجديدُ ـ: لا يرجعُ؛ لأنَّه أتلف منفعةَ البُضْع؛ كما لو قتلها؛ يُغَرَّمُ قيمتها، ولا يرجع على الغاصب. فإن قلنا: يرجع بالمهر على الغاصب.

فإنْ كانَتْ بكراً، فأفتضَّها: إن قلنا: لا يفردُ أرْشُ الافتضاضِ ـ: رجع بالكُلِّ على الغاصِب، وإن قلنا: يفرد ـ: فيرجعُ بمهر الثَّيِّب، ولا يرجع بأرْشِ الافتضاض؛ لأن وجوبه بمقابلةِ نَقْصٍ حَدَثَ بفعله؛ كما لو قطع يدها ـ: غرم الأرش، ولا يرجع على الغاصب.

ولو أستولدها ـ: فالولد حُرٌّ ثابتُ النسب، وعليه قيمتُهُ للمالك بأعتبارِ يَوْمِ السقوطِ، ورجع بعدما غرم على الغاصبِ؛ لأنَّه لم يشرع فيه علىٰ أن يضمنه، وكذلك: نقصان الولادة.

ولو خَرَجَ الولدُ ميِّتاً ـ: لا شيء عليه، ولو ألقت الجنين ميِّتاً يَضربْ ضاربٍ ـ: يجبُ على الضارب الغُرَّة للمشتري، وعلى المشتري للمالِكِ الأكثَرُ مِنْ قيمة الغُرَّة أمْ قيمةِ الولدِ يَوْمَ سقَطَ، ويرجع على الغاصب.

ولو أسترضعهما المشتري ولدَهُ، أو وَلَد غيره ـ: يجبُ عليه للمالِكِ أجْرُ المِثْلِ، وهَلْ يرجعُ على الغاصب؟ فيه قولان؛ كالمهر.

وهذا بخلاف ما لو أشترىٰ شاةً مغصوبةً جاهلاً، فولدت، فشَرِبَ المشتَرِي لَبَنَها ـ: يغرَّم مِثْلَ اللبنِ، وفي الآدميَّة: أوجبنا الأجرة؛ لأن الآدميَّةَ تُرْضِعُ بالأجرة، ولَبَنُ البهيمة لا يتلف بالأجرة، ثم هَلْ يرجعُ بما غُرِّمَ من اللبن على الغاصب؟ فعلى قولين.

ولو تناولَتِ السَّخْلَة[1] اللَّبَنَ ـ: يُغَرَّمُهُ المشتري، وإن عاد نفعه إلى المالك؛ كما لو

(١) الذكر والأنثى من ولد الضأن والمعز ساعة يولَدُ جمعها: سخلٌ، وسخال، وسخلان. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٤٢٣).

غصب شعيراً وأقضمه[1] دابّة مالكه ـ: يغرَم. قال الشيخُ: ولو تناولَتِ السخلةُ اللَّبَنَ، وغُرِّمَهُ المشترِي ـ: وجب أن يرجع على الغاصب؛ لأنَّه لم يشرع فيه؛ على أن يضمنه، ولم يعد نفعه إِلَيْهِ؛ كالسخلة، إذا ماتَتْ في يدِ المشتري ـ: غرِّم قيمتَها، ورَجَعَ على الغاصبِ، ولو أكلَها المشتري ـ: غُرِّمَ[2]، وهل يَرْجِعُ؟ فيه قولانِ، كالمهر.

وجملة هذا التفصيل: إن كان نقصٌ حَدَثَ بالمغصوبِ قَبْلَ البيعِ من فواتِ جُزْءٍ وفَوَاتِ مَنْفَعَةٍ، يكون ضمانُهُ على البائع؛ لا يطالب به المشتري.

أما ما[3] حدث في يَدِ المشتري ـ: فالمالكُ بالخيارِ: إن شاء طالَبَ به الغاصِبَ، وإن شاء طَالَبَ المُشْتَرِي، والقَرَارُ على مَنْ يكون؟ نُظِرَ: إن كان المشتري عالماً بأنَّهُ مغصوب ـ: فالقرار يكُونُ عليه، فإنْ أخذه المالِكُ مِنَ الغاصبِ ـ: رجع الغاصِبُ على المشتري، وإنْ أخذ من المشتري ـ: لا يرجع على الغاصبِ، وإن كان المشتري جاهلاً؛ بأنه مغصوب ـ: فكل ضمان لزِمَ المشتريَ الجاهِلَ مِنَ الغاصب، وأدَّاهُ مما شرع فيه عَلىٰ أنْ يضمنه ـ: لم يرجع به على الغاصِبِ، وما شرع فيه عَلَى ألاَّ يضمنه؛ مِثْلُ ضمانِ المنافع ـ نُظِرَ: إن لم يستوفِ بمقابلته شيئاً ـ: رجع، وإن ٱستوفى ـ: فقولان، خرج منه أنَّ العَيْنَ: لو تَلِفَتْ في يده ـ: ضمن قيمتها أكثَرَ ما كانَتْ مِنْ يوم القَبْضِ إلى يوم التَّلَفِ، ولم يرجع على الغاصب؛ لأنَّه شرع فيه عَلَى أنْ يضمن العَيْن؛ كذلك الأجزاء: إذا تَلِفَتْ في يده ـ: يضمن أكثَرَ ما كانَتْ قيمتها مِنْ حينِ حَصَلَ في يده إلىٰ أنْ تَلِفَتِ الأجزاءُ، ولا يرجعُ على الغاصبِ: فإن أتَتْ بولدٍ، وهلك في يد المشتري ـ: غُرِّمَ قيمتَهُ، ويرجع[4] على الغاصِبِ؛ لأنَّه لَمْ يَشْرَعْ فيه على أن يضمنَهُ، وما تَلِفَ في يدِهِ مِنَ المنافِعِ: إن لم يستوفها ـ: غُرِّمَ، ورجع على الغاصب: فإنِ ٱستخدم العبد، وسَكَنَ الدار ـ: يغرم[5] الأجرة، وهَلْ يرجع على الغاصب؟ فيه قولان؛ فكل موضعٍ أثبتنا للمشتِري الرُّجُوعَ على الغاصب: فإذا أخذه المالِكُ مِنَ الغاصِبِ ـ: لا رجُوعَ له على المشتري، وما لا يرجع به المشتري على الغاصِبِ، فإذا أخذ من الغاصب ـ: له الرجوعُ بِهِ على المشتري.

قال الشَّيْخُ: والقِياسُ ألاَّ يرجعَ المُشْتري على الغَاصِبِ؛ بما أنفق على العَبْدِ، وما أدَّىٰ مِنْ خراج الأرْضِ؛ لأنه شرع فيه علىٰ أنْ يضمنها.

وإذا تَلِفَتِ العَيْنُ المغصوبة في يد المشتري: فإنْ كانَتْ قيمتها في يدِ الغاصِبِ

---

(١) علفها القضيم. ينظر: المعجم الوسيط (٢/٧٤٩).
(٢) في ظ: يغرم.
(٣) في ظ: إذا.
(٤) في ظ: ورجع.
(٥) في ظ: وعزم.

والمشتري سواءً، أو كانَتْ قيمتها في يَدِ المشتَري أكثَرَ ـ: فللمالك أنْ يأخُذَ مِنْ أيِّهما شاءَ، فَإِنْ أخَذَ مِن الغاصب ـ: رَجَعَ على المشترِي، وإنْ أخذ من المشتري ـ: لا يرجعُ على الغاصِبِ، وإنْ كانَتْ قيمتها في يدِ الغاصِبِ أكثرَ؛ بأن كانَتْ قيمتها في يَدِ الغاصب ألفاً، فعادت إلى خمسمائة، ثم باعها وتَلِفَتْ في يد المشترِي ـ فالمالك إن غرم الغاصب له أن يغرمه الألْف، ثم هو لا يَرْجِعُ على المشترِي إلاَّ بخمسمائة، وإن غرم المشتري ـ: لايغرّمه إلاَّ خمسمائة، ويأخذ خمسمائة من الغارم؛ لأنَّ المشتري لا يكونُ طريقاً فيما تَلِفَ في يد الغاصب؛ لأنَّه لم يَدْخُلْ في يده.

ولو أنَّ الغاصب أجَرَ العَيْنَ المغصوبةَ ـ نُظر: إن كان المستأجر عالماً بأنَّها مغصوبةٌ ـ: فهو غاصِبٌ، والغاصبُ يضمنُ القيمةَ وأجْرَ المِثْلِ مِنْ حين أخذها، ولا يرْجِعُ على الغاصب؛ وكذلك: إذا استودع أو استعارِ مِنَ الغاصِبِ عالماً، أما إذا كان المستأجِرُ جاهلاً بأنها مغصوبةٌ ـ: يجب عليه أجْرُ المثل للمالكِ مِنْ حينِ أخَذَهَا، ولا يَرْجِعُ على الغاصب؛ لأنَّه شرع فيه علىٰ أنْ يضمن المنفعَةَ، وإنْ ضمن المَالِكُ أجْرَ تلْكَ المُدَّةِ مِنَ الغاصب ـ: رَجَعَ عليه الغاصِبُ، وإنْ تَلِفَتِ العَيْنُ في يَدِ المُستأجر ـ: تجب قيمتها على الغاصبِ؛ لأنَّ المستأجر لم يشرع فيه عَلَى أنْ يَضْمَنَ العَيْنَ، وكذلك لو أودَعَهُ الغاصبُ من إنسانٍ، أو رَهَنَهُ، أو قارضه، أو وَكَلَ بَبَيْعِهِ، ودفَعَهُ إلى الوكيلِ، فتلف عِندَهُ ـ: يجب ضمانُ العَيْنِ والمنفعةِ على الغاصب، ويتقرَّر عليه، وهَلْ يكونُ المُسْتأجر والمستودعُ والمرتَهِنُ والوكيلُ طَرِيقاً فيه أمْ لا؟ فعلىٰ وجهين، وكذلِكَ: لو ولدَتْ عنده، فهلك الولد، هَلْ يكونُ طريقاً في قيمة الولَدِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يكونُ طريقاً؛ لِحُصولِ العَيْن في يده.

والثاني: لا يَكُونُ طريقاً؛ لأنَّ أيديهم أيدي أمانةٍ.

ولو زوَّجها الغاصِبُ، فماتَتْ تَحْتَ الزوجِ ـ: يجبُ على الغاصبِ القيمةُ، والزَّوْجُ هل يكون طريقاً؟ قِيل: فيه وجهان؛ كالمودع، قيل ـ [و] هو المذهَبُ ـ: لا يكونُ طريقاً؛ لأنَّ الزوج لا يحتوي على الزوجة.

ولو وَطِئَهَا الزوْجُ ـ غُرِّمَ مَهْرَ المثل للمالك، ولا يرجع على الغاصِبِ؛ لأنَّه شرع فيه علىٰ أنْ يضمن المهر، والغاصبُ يكونُ طريقاً فيه؛ بخلاف المَغْرورِ بالحريَّة: يغرَّم المهر، ويرجعُ على الغَارِّ؛ على أحد القولَيْن؛ لأنَّ النكاح هناك كان صحيحاً، ففسخ، وفَسْخُ العقد يوجبُ استردَادَ البَاذِلِ ما بَذَل، وههنا: العقد غَيْرُ صحيح، وقد أتْلَف منفعة البضع؛ فيغرَّم، ولا يرجع؛ نظيره من المغرور لو غر بأمَة، وهو واجِدٌ لِطوْلِ الحُرَّة أو غير خائف مِنَ

العَنَتِ[١]، فوطئها جاهلاً ـ: غرم المَهْر، ولا يرجع على الغارِّ.

ولو أستخدمها الزوج ـ: يجبُ عليه أجْرُ المثلِ، ولا يرجعُ على الغاصبِ؛ لأنَّ الغاصِبَ لم يسلِّطه على الخدمة.

ولو أعار المغصوبَ من إنسان أو ساومه أو أقرضَهُ، فهلك عندهم ـ: فقرار الضمانِ عَلَيْهِم؛ لأنَّ أيديهم أيْدي ضمان، والغاصِبُ طريقٌ فيه؛ كما لو غصبه رجُلٌ مِنَ الغاصِب، أو سَرَقَ منه ـ: ضمنه، والغاصب طريق فيه.

أما الأجزاءُ: إذا تلِفَتْ بالاستعمالِ في يد المستعيرِ ـ: ضمنها، ورَجَع على الغاصِبِ؛ لأنَّه لم يشرع فيه علىٰ أن يضمن الأجزاء.

ولو غَصَبَ طعاماً، فأطعمه إنساناً؛ بأن قدَّمَهُ إليه؛ حتَّىٰ أكل ـ نُظر: إنْ أكله عالماً ـ: فللمالك يغرم أيهما شاء، وقرارُ الضمانِ على الآكِلِ، وإنْ أكله جَاهِلاً ـ: فالمالِك: يغرم أيهما شاء، وقَرارُ الضَّمانِ على مَنْ يكون؟ فيه قولان:

أحدهما: على الغاصِبِ؛ لأنَّه غر الطاعم.

والثاني ـ وهُوَ الأصَحُّ، وهو اختيار المزني، وهو قَوْلُ أبي حنيفة ـ: يكونُ على الآكِلِ؛ لأنَّه المتْلِفُ.

فإنْ قلنا: على الغاصب: فإذا غرِّمَ الآكل ـ: رجع على الغاصِبِ، وإنْ قُلنا: على الآكل: فإذا غُرِّم الغاصِبُ ـ: رجع على الآكل، وإذا غُرِّمَ الآكل ـ: لا يرجع عَلَى الغَاصِبِ.

ولو أنَّ الغاصِبَ قَدَّمَهُ إلى المالِكِ، حتَّى أكله: فإن كان عالماً ـ: بَرِيء الغاصِبُ مِنَ الضمان، وإن كان جاهلاً ـ: ففيه قولان: إنْ قلنا: قرارُ الضمانِ على الطاعمِ ـ: يَبْرأُ الغاصِبُ، وإن قلنا: على الغاصب ـ: لا يَبْرأُ الطَّاعِمُ؛ وعلى هذا لو غصب شيئاً، فوهبه مِنْ إنسانٍ، فتلف في يَدِ المُتَّهِب ـ: يضمن المتهب، وقرار الضمان علىٰ مَنْ يكون؟ فعلى قولين:

أصحهما: على المتَّهِب؛ كما في البيع: يكون على المشتري؛ لأنَّه أخذه للتملُّك.

والثَّاني: على الواهبِ.

ولو وهبه مِنَ المالِكِ، فأخذه جاهلاً ـ: هل يبرأ الغاصبُ أم لا؟ إنْ قلنا: الإقرارُ[٢]

---

(١) العَنَتُ: عنت فلان: وقع في مشقة وشدة، وعنت: اكتسب مأثماً. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٦٣٦).

(٢) في ظ: القرار.

على المتَّهِبِ ـ: يبرأ؛ وإلاَّ فلا.

وإنْ كانَتْ جاريةٌ، فاستولدها المتَّهِبُ ـ: فالولد حُرٌّ وعلَيْهِ قيمتُهُ، وهَلْ يرجعُ على الواهب؟ فيه وجهان:

أحدهما: يَرْجِع؛ كما يَرْجِعُ على البائع.

والثاني: لا يَرْجِع؛ بخلاف البائعِ؛ لأنَّه ضَمِنَ له سلامَةَ الولدِ، والواهِبُ متبرِّع لَمْ يَضْمَنْ سلامة شيءٍ.

ولو أمر الغاصِبُ إنْساناً بإتلافه، فأتلفه جاهِلاً، هل يتقرَّر علَيْهِ الضَّمانُ؟ فيه قولان؛ كالإطعام، والمذهَبُ: أنه يتقرَّر.

وإذا قاله للمالكِ، ففعل ـ: يَبْرأُ عن الضمان؛ لأنَّ الإتلاف محظُورٌ؛ بخلاف الآكل.

ولو أجَرَهُ مِنَ المالكِ، أوْ أودَعَهُ، أو رَهَنَهُ، أو زَوَّجَ، وهو جَاهِلٌ، فَتَلِفَ عنده ـ: لا يبرأ؛ لأنَّهُ لم يَعُدْ إلى سلطانه، ولو فَعَلَهُ مَعَ أجنبيٍّ ـ: لا يتقرَّر عَلَيْهِ الضمان، فإن بَاعَهُ مِنَ المالِكِ، أو أعَارَهُ، أو أقْرَضَ ـ يَبرأ، ولو كان المغصوبُ عبداً، فقال الغاصِبُ للمالِكِ: أعتقه، فأعتقه جاهلاً ـ يعتق، ويبرأ الغَاصِبُ[1]، بخلاف الإطعامِ لا يبرئه في قولٍ؛ لأن الأكْلَ يُبَاحُ في مِلْكِ الغَيْرِ، والعِتْقُ لا ينفد.

ولو قال الغاصِبُ: أَعْتِقْهُ عَنِّي، ففعَلَ جاهلاً ـ: هَل يَعْتُق؟ فيه وجهان؛ بناءً على ما لَوْ قال: أَعْتِقْ عبدي مِنْ فلان، وفلانٌ لم يأْمُرْهُ ـ: هَلْ يَعْتِقُ؟ فيه وجهان.

ولو قالَ المَالِكُ للغاصِبِ: أَعْتِقْهُ، فأعتقَ ـ: يَعْتِقُ ويبرأ؛ سواءٌ قال: أعتقه عَنِّي، أو قال: مطلقاً.

وفَرَّع الشيخ قاضينا[2] الحُسَيْنُ ـ رحمه الله ـ علىٰ هذا الأصلِ: لَوْ باعَ طعاماً، ثم إن البائعَ أطْعَمَهُ المُشْتَرِي، فأكله جاهلاً ـ: هل يكُونُ قبضاً يستقرُّ به علَيْهِ الثَّمَنُ؟ فعلى وجهين؛ بناءً علىٰ براءة الغاصب؛ وكذلكَ: لو باع كِرْباساً[3]، ثم قال البائعُ للمشتري: اقْطَعْ لي منه قميصاً، فَفَعَلَ: إن كان عالماً ـ: كان مِنْ ضمانه، وإن كان جاهلاً ـ: فمن ضمَانِ مَنْ يكُونُ؟ فيه وجهان.

(١) في أ: في ملك الغاصب.

(٢) في ظ: وفرع القاضي الإمام.

(٣) ثوب غليظ من القطن. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٧٨٧).

فَصْلٌ في تَصرُّف الغَاصِبِ في المَغْصوبِ بالزِّيادةِ والنُّقْصَانِ

رُوِيَ عَنِ ٱبْنِ عُمَرَ قَالَ، قالَ رَسُولُ اللَّهِ ـ ﷺ ـ: «مَنْ أَخَذَ شَيْئاً مِنَ الأَرْضِ بِغَيْرِ حَقِّهِ ـ: خُسِفَ به يَوْمَ القِيَامَةِ إلىٰ سَبْعِ أرضينَ»[١].

غَصْبُ العَقَارِ متصوَّرٌ مُوجِبٌ للضَّمانِ، وهو أنْ يَسْتولي عليه؛ فيمنع المالك.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: غَصْبُ العَقَارِ لا يتصوَّر، والحديثُ حُجَّةٌ علَيْهِ، ولأنَّ ما يضمن بالعقد يضمن بالغصب؛ كالمنقول، فإذا غصب أرضاً وبنى فيها أو غَرَسَ أو زرع ـ: يقلع مَجَّاناً؛ لما روي عن سَعِيد بْنِ زَيْدٍ: «أنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ: لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»[٢].

---

(١) تقدم تخريجه في البيوع.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٧٤٣) كتاب الأقضية: باب القضاء في عمارة الموات، حديث (٢٦) عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلاً.

قال ابن عبد البر في «التمهيد» (٢٢/ ٢٨٠): وهذا الحديث مرسل عند جماعة الرواة عن مالك لا يختلفون في ذلك، واختلف فيه على هشام فروته عنه طائفة عن أبيه مرسلاً ـ كما رواه مالك وهو أصح ما قيل فيه ـ إن شاء الله ورواته طائفة عن هشام عن أبيه عن سعيد بن زيد وروته طائفة عن هشام عن وهب بن كيسان عن جابر وروته طائفة عن هشام عن عبيد الله بن عبد الرحمٰن بن رافع عن جابر وبعضهم يقول فيه عن هشام عن عبيد الله بن أبي رافع عن جابر وفيه اختلاف كثير اهـ.

وقد روى هذا الحديث مرسلاً أيضاً أبو عبيد القاسم بن سلام في «الأموال» (ص ـ ٢٦٤) رقم (٧٠٤) من طريق سعيد بن عبد الرحمن الجمحي وأبو معاوية كلاهما عن هشام بن عروة به. وأخرجه مرسلاً أيضاً البيهقي (٦/ ١٤٢) كتاب إحياء الموات: باب من أحيا أرضاً ميتة من طريق سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة به.

فاتفق هنا مالك وسفيان بن عيينة وأبو معاوية وسعيد بن عبد الرحمن الجمحي في رواية هذا الحديث عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلاً.

وقد توبع هشام بن عروة أيضاً في روايته لهذا الحديث تابعه أخوه يحيى بن عروة عن أبيه مرسلاً.

أخرجه أبو عبيد في «الأموال» (ص ـ ٢٦٤ ـ ٢٦٥) رقم (٧٠٧) والبيهقي (٦/ ١٤٢) من طريق محمد بن إسحاق عن يحيى بن عروة به.

وقد خالف هؤلاء كلهم اسماعيل بن أبي أويس وابن الأجلح أما مخالفة إسماعيل بن أبي أويس.

أخرجها أبو يعلى كما في «نصب الراية» (٤/ ٢٨٨) قال: حدثنا زهير ثنا إسماعيل بن أبي أويس حدثني أبي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق».

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٦٠ ـ ١٦١) وقال: رواه كله الطبراني في الأوسط بإسنادين في أحدهما عصام بن داود بن الجراح قال الذهبي لينه أبو أحمد الحاكم وبقية رجاله ثقات وفي إسناد الآخر راوٍ كذاب. اهـ.

=

فللمالِكِ أنَّ يُكَلِّفَ الغَاصِبَ قَلْعَهَا وتسويةَ الأرْضِ، ثم الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ ههُنَا: أوجَبَ أرْشَ النقصانِ، ولم يوجِبْ تسويةَ الأرْضِ، فقال فيما لو بَاعَ أرْضاً، وفيها حجارةٌ مستودَعَةٌ، فقلعها: إنَّ عليه تَسْوِيَةَ الأرضِ، فٱختلف أصحابُنَا فيه.

= أما مخالفة ابن الأجلح

أخرجها القضاعي في «مسند الشهاب» (٢/ ٢٠٣) رقم (١١٨٧) من طريق يحيى بن المنذر ثنا ابن الأجلح عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة به.

وقد توبع هشام على هذا الحديث أيضاً تابعه الزهري عن عروة عن عائشة به.

أخرجه أبو داود الطيالسي (١٣٩٥) والدارقطني (٤/ ٢١٧) كتاب الأقضية رقم (٥٠)؛ والبيهقي (٦/ ١٤٢) كتاب إحياء الموات: باب من أحيا أرضاً ميتة وابن عبد البر في «التمهيد» (٢٢/ ٢٨٣) كلهم من طريق زمعة بن صالح عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «العباد عباد الله والبلاد بلاد الله فمن أحيا من موات الأرض شيئاً فهو له وليس لعرق ظالم حق».

وزمعة بن صالح

قال البخاري في «التاريخ الكبير» (٣/ ١٥٠٥): يخالف في حديثه تركه ابن مهدي أخيراً.

وقال في «علل الترمذي» (ص ـ ١٥٨): هو منكر الحديث كثير الغلط. وقال الترمذي في «السنن» (٣٧٨٤): ضعفه بعض أهل الحديث من قبل حفظه. وقال النسائي في «الضعفاء والمتروكين» (٢٢٠): ليس بالقوي مكي. كثير الغلط عن الزهري.

والحديث ذكره ابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٤٧٤) رقم (١٤٢٢) وقال: سألت أبي عن حديث رواه أبو داود عن زمعة عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «العباد عباد الله والبلاد بلاد الله من أحيا من موات الأرض شيئاً فهو له وليس لعرق ظالم حق» قال أبي: هذا حديث منكر إنما يرويه من غير حديث الزهري عن عروة مرسلاً. اهـ.

وقال ابن عبد البر في «التمهيد» (٢٢/ ٢٨٣): هذا الاختلاف على عروة يدل على أن الصحيح في إسناد هذا الحديث عنه الإرسال كما روى مالك ومن تابعه. اهـ.

لكن لهذا الحديث شاهد من حديث فضالة بن عبيد ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٦٠) عنه قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «الأرض أرض الله والعباد عباد الله من أحيا مواتاً فهو له».

قال الهيثمي: رواه الطبراني في الكبير ورجاله رجال الصحيح. اهـ. «ذكر الاختلاف على هشام في هذا الحديث وتوضيح كلام ابن عبد البر».

قال ابن عبد البر: ورواه طائفة عن هشام عن أبيه عن سعيد بن زيد. وهذا الطريق أخرجه الترمذي (٣/ ٦٥٣) كتاب الأحكام: باب ما ذكر في إحياء الأرض الموات، حديث (١٣٧٨)؛ وأبو داود (٢/ ١٩٤) كتاب الخراج والفيء والإمارة: باب في إحياء الموات، حديث (٣٠٧٣)؛ وأبو يعلى (٢/ ٢٥٢) رقم (٩٥٧)؛ والبزار كما في «نصب الراية» (٤/ ٢٨٩)؛ والبيهقي (٦/ ١٤٢) كتاب إحياء الموات: باب من أحيا أرضاً ميتة وابن عبد البر في «التمهيد» (٢٢/ ٢٨١) كلهم من طريق عبد الوهاب الثقفي عن أيوب عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد عن النبي ـ ﷺ ـ قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق».

وقال الترمذي: حسن غريب وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلاً. =

فمنهُمْ مَنْ جعلها على قولين:

أحدُهُما: يلزمُهُ أرْشُ النقصان؛ لأنَّ الحَفْرَ نَقْصٌ حصل بفعْلٍ مضمونٍ، فيقابل الضمان.

والثاني: يَلْزَمُهُ تسويةُ الأرضِ؛ لأنَّ جُبْرَانَ النقصِ بالمِثْلِ أولَىٰ مِنْ جِبرانه بالقيمة.

= وقال البزار: لا نعلم أحداً قال: عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد إلا عبد الوهاب عن أيوب عن هشام.

وقد حكم الألباني في «الإرواء» (٥/ ٣٥٤) على هذا الطريق بالشذوذ لمخالفة مالك ومن معه في روايته مرسلاً.

وكلام البزار عقب الحديث يشعر بهذا الشذوذ.

قال ابن عبد البر: ورواه طائفة عن هشام عن وهب بن كيسان عن جابر.

أخرجه الترمذي (٣/ ٦٥٣) كتاب الأحكام: باب ذكر ما جاء في إحياء الأرض الموات، حديث (١٣٧٨ ـ مكرر)؛ وأحمد (٣/ ٣٠٤)؛ وأبو يعلى (٤/ ١٣٩) رقم (٢١٩٥)؛ وابن حبان (١١٣٩ ـ موارد) من طرق عن هشام بن عروة عن وهب بن كيسان عن جابر أن النبي ـ ﷺ ـ قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له».

قال الترمذي: حسن صحيح.

وصححه ابن حبان.

وقال الألباني في «الصحيحة» (٢/ ١٠٧): وهذا إسناد صحيح على شرط الشيخين.

وزاد في الإرواء (٦/ ٤): ولا يضر اختلاف الرواة في إسناده على هشام لاتفاق جماعة من الثقات على روايته عنه هكذا ومن الظاهر أن لهشام فيه عدة أسانيد هذا أحدها.

ـ قال ابن عبد البر: ورواه طائفة عن هشام عن عبيد الله بن عبد الرحمن بن رافع عن جابر.

أخرجه أحمد (٣/ ٣٢٧)؛ والدارمي (٢/ ٢٦٧) كتاب البيوع باب من أحيا أرضاً ميتة فهي له وأبو عبيد في «الأموال» (ص ـ ٢٦٤) رقم (٧٠٢) وابن حبان (١١٣٧ ـ موارد) من طريق هشام عن عبيد الله بن عبد الرحمن بن رافع عن جابر به. وعبيد الله بن عبد الرحمن ذكره ابن حبان في الثقات وقال الحافظ في «التقريب» (١/ ٥٣٦): مستور.

ـ وينتهي إلى هنا توضيح كلام ابن عبد البر وهناك وجوه أخر في الاختلاف على هشام بن عروة في هذا الحديث.

فقد أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في «نصب الراية» (٤/ ٢٨٩) من طريق مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن عمرو عن النبي ـ ﷺ ـ قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق».

قال الطبراني: تفرد به مسلم بن خالد عن هشام عن أبيه عن عبد الله بن عمرو وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٦١). وقال: رواه الطبراني في الأوسط وفيه مسلم بن خالد الزنجي وثقه ابن معين وغيره وضعفه أحمد وغيره.

وفي الباب عن جماعة من الصحابة منهم عمرو بن عبيد وفضالة بن عبيد وسمرة وعبادة بن الصامت وأبو أسيد وابن عباس. =

ومنهُمْ مَنْ قال في الغصب: يجبُ الأرْشُ؛ لأنَّ الغاصِبَ متعدٍّ، فغُلِّظَ الأمر عليه، والبائعُ يلزمُهُ تسويةُ الأرْضِ؛ لأنه غَيْرُ متعدٍّ؛ فلم يلزمه أكثرُ مِنَ التسوية، فإنْ أوجبنا التسويَةَ، فبقي بعد التسوية نَقْصٌ ـ: يجبُ أرْشُ ذلكَ النقصْ، ويأخذ منه أجر مِثْل الأرضِ مِنْ حين غَصبَ إلى أنْ يفرغ من التسوية: فإنْ دَخَلَ الأرْضَ نَقْصٌ لِطُولِ مُدَّةِ الْغِرَاسِ ـ: هَلْ يجمع بين أرْشِ النقصانِ وأجْرِ مِثْلِ المدَّة أمْ يجبُ أكثرهما؟ فيه وجهان؛ كالثَّوْبِ يَبْلَى بالاستعمالِ.

ومَنِ اشترى أرضاً وبنى فيها، وغَرَسَ، ثم استحقَّتْ ـ: فللمستَحَقِّ قَلْعُ الغراسِ والبناءِ، ثُمَّ المشتري يَرْجِعُ على البائع بالنَّقْصِ الذي دخل البناءَ والغِرَاسَ؛ عَلَىٰ ظاهر المذهب، ولو حَفَرَ الغاصِبُ فِي الأَرْضِ المغصُوبَةِ بئراً ـ: فللمالك إجبارُهُ علىٰ أَنْ يطمَّها[1]، فإنْ رَضِيَ به المالكُ ـ: يجوزُ للغاصِبِ أنْ يطمَّهَا، وإنْ كان التُّرَابُ تالفاً ـ: له أنْ يطمَّ بترابٍ مِنْ عنده؛ لأنَّه يخاف ضَرَرَهُ، فإنَّه لو تَرَدَّىٰ فيها شيءٌ وهلك ـ: يجبُ عليه ضمانُهُ، فلو أبرأ الغاصب[2] عَنْ ضَمانِ مَا يَقَعُ ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: يصحُّ الإبراء، ولم يكُنْ له بعد ذلك طَمُّهَا؛ كما لو حَفَرَ بإذنه.

والثاني: لا يصحُّ؛ لأنَّهُ أَبرَأَهُ عن شيءٍ لم يجبْ.

وإنْ كان الغاصبُ طَوَىٰ البِئْرَ بآلةِ نفسِهِ ـ: فللغاصِبِ نَقْلُ تلك الآلةِ، وللمالكِ إجبارُهُ علَىٰ نقلها، وإنْ تركها إلَيْهِ ـ: لا يلزمُهُ القبولُ؛ كما لو غرس وبنى في الأرضِ، ثم تَرَكَ الغراسَ والبناءَ إلى المالِكِ ـ: لا يُجْبَرُ على قبوله.

= ـ حديث عمرو بن عوف.

أخرجه الطبراني في «الكبير» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٦٠) من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده مرفوعاً بمثل حديث سعيد بن زيد.

وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الكبير وفيه كثير بن عبد الله وهو ضعيف.

والحديث ذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٢٩٠) وعزاه لابن أبي شيبة والبزار في مسنديهما والطبراني في معجمه.

ـ حديث فضالة بن عبيد تقدم تخريجه.

ـ حديث سمرة:

أخرجه أبو داود (٢/ ١٩٥) كتاب الخراج والفيء والإمارة: باب في إحياء الموات حديث (٣٠٧٧)؛ وأحمد (٥/ ١٢، ٢١).

(١) طمَّ الشيء وعليه طَمًّا: عمره وغطاه. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٥٧٢).

(٢) في أ: المالك.

ولو نقل التُّرَابَ عن الأرض المغصُوبَةِ ـ: فللمالكِ إجبارُهُ علَىٰ رَدِّ التراب، فإن كان تالفاً ـ: فعليه رَدُّ مِثْلِهِ، وإنْ لَمْ يقدر ـ: ضمن النَّقْصَ الذي دخل الأَرْضَ، فإذا أخذ الترابَ مبسوطاً، وردَّهُ ـ: للمالكِ إجبارُهُ على بَسْطِهِ، وعَلَىٰ الغَاصِبِ أَجْرُ مِثْلِ الأرض لمدَّةِ ردِّ الترابِ وبَسْطِهِ، وإن رَضِيَ المالكُ بألاَّ يبسطه ـ: ليس له بَسْطُهُ، وإن كان أَخَذَ الترابَ مِنْ مَوْضِعٍ ـ: لَيْسَ للمالك إجباره على نَقْلِهِ إلىٰ أقصى الأرْضِ، وإنْ رَضِيَ المالكُ بألاَّ يردَّ الترابَ المنقُولَ ـ هَلْ للغاصب رَدُّهُ؟ نُظِرَ: إن كان قد حفر فيها حُفْرَةً ـ: له رَدُّهُ؛ لأنه يخافُ ضَرَرَها، وإن لم يَحْفِرْ ـ نُظِرَ: إن نقل الترابَ إلى مِلْكِ الغَيْرِ، أو إلىٰ شارع ـ: فله ردّه؛ لأنَّه يخافُ ضَرَرَهُ؛ فإنَّهُ لو زَلَقَتْ به رِجْلُ حيوانٍ، فتلَفَتْ ـ: يجبُ عليه الضمانُ، وكذلك: لو نقل إلى ملك نفسه ـ: له رَدُّهُ، أو كان قَدْ دخل الأَرْضَ نَقْصٌ يريد المالكُ تضمينَهُ ـ: فله رَدُّهُ، ولو لم يَكُنْ شَيْءٌ مِنْ ذلكَ، وكان نقل التراب إِلَىٰ مواتٍ ـ: لم يكُنْ له رَدُّهُ، فلو رَدَّهُ، هل للمالكِ إجبارُهُ عَلَى إخراجه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنَّهُ ملكه.

والثاني: لَهُ ذَلِكَ؛ لأنَّه ترك حقه فيه؛ فذاك حقُّهُ إلى كافَّة الناس.

ولو غصب دَاراً، فزوَّقها ـ نُظر: إن كان يحصُلُ منه عَيْنُ مالٍ، لو نزع ـ: فللغاصِبِ نَزْعُ التزويقِ؛ سواءٌ كان لذلكَ التزويقِ قيمةٌ أو لم يكُنْ؛ لأنَّه عَيْنُ ماله؛ كالصبغ في الثوْبِ، ويغرَّم أرْشَ نَقْصٍ يدخل الدارَ، وللمالك إجبارُهُ على نزعِهِ، فلو ترك الغاصب التزويقَ إلَيْهِ ـ: هَلْ يُجْبَرُ على قبوله؟ فيه وجهان:

أحدهما: يُجْبَرُ؛ كالقصارة في الثَّوْبِ؛ لأنَّه صار صِفَةً لملكه، فعلىٰ هذا: لَيْسَ له أن يكلِّفه النقل.

والثاني: لا يُجْبَرُ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِهِ، ولا يجبر على تمليك مالِ الغَيْرِ؛ كما لا يجبر على قبولِ الغراس والبناءِ.

وإن كان التزويقُ تمويهاً لا يحصلُ منه شيءٌ ـ: ليس للغاصبِ نَزْعُهُ، إذا رضي به المالكُ، وهل للمالكِ إجبارُهُ علىٰ نزعه؟ فيه وجهان:

أصحهما: ليْسَ له ذلك؛ لأنَّه لا غَرَض له فيه؛ كالثوب إذا قصره.

والثاني: له ذلك؛ لأنَّ له غرضاً، وهو أنْ يأْخُذ أرشَ النقصان.

ولو غصب قُطْناً، فَغَزَلَهُ ـ: فالغَزْلُ للمالك، وإنْ دخله نَقْصٌ ـ: فعلى الغاصِبِ أرْشُ النقصانِ، وإنْ زادَتْ قيمتُهُ ـ: فلا شيءَ للغاصبِ؛ كما لو غصب ثَوْباً، فقصَّرَهُ، وزادت[1]

---

(١) في ظ: فزادت.

قيمتُهُ أو حنْطَةً، فَطَحَنَهَا ـ: لا شيء للغاصب، وإن انتقصت قيمتُهُ ـ: علَيْهِ أرشُ النقصانِ؛ وكذلك: لو غصب غزلاً، فنسجه ـ: فالكرياسُ للمالِكِ، وإن دَخَلَهُ نقْصٌ ـ: غرمه الغاصبُ، وإن زادَتْ قيمته ـ: فلا شيءَ للغاصب، وليس للغاصب نقضه، إذا رضي به المالك؛ لأنَّه ليس له فيه عيْنُ مالٍ، وهل للمالك إجبارُهُ على نقضه؟ نُظِرَ: إن كان لا يمكن نسجه ثانياً، ولا ردّه إلى الحالة الأولىٰ ـ: ليس له ذلك، وإن أمكَنَ نسجه ثانياً؛ كالخز[1] ـ: فله إجبارُهُ علىٰ نقضه، فإن بقي فيه نقصٌ ـ: أخذ أرشه، وإن كان قيمة الغزل عشرةً، فبلغتْ قيمتُهُ بالنسج خَمْسَةَ عَشَرَ، فَنَقَضَهُ، فانتقصَتْ قيمته عن عشرةٍ ـ: يضمن النقصانُ عَنِ العشرةِ، وهَلْ يضمن النقصان عن خمسةَ عشَرَ إلى العَشَرَةِ؟ نُظر: إنْ نقضه بأمْرِ المالك ـ: لا يضمن؛ لأنَّه رضي بذلكَ النَّقْصِ، وإنْ نَقَضَهُ دون أمره ـ: ضمن.

ولو غصب نُقْرَةً، فطبعها دَرَاهِمَ أو نُحَاساً، فاتخذ مِنْه إناءً أو جوهرَ زُجَاجٍ، فاتخذ مِنْهُ قَدَحاً أو طيناً، فضَرَبَ منه لَبِناً ـ: للمالك إجبارُهُ عَلَى الرَّدِّ إِلَى الحَالَةِ الأُولَىٰ، فإنْ رَضِيَ به المالِكُ ـ: ليس للغَاصِبِ رَدُّهُ إِلَى الحَالَةِ الأُولىٰ، وعليه أَرْشُ النقصانِ، وإنْ كان قَدْ أَدْخَلَ في النُّقْرَة غشًّا ـ: للمالك إجبارُهُ على إخراج الْغِشِّ.

قال المُزَنِيُّ ـ رحمه الله ـ: ليس للغاصِبِ دَفْنُ البئر، ولا نزع التزويق، ولا رَدُّ الترابِ الَّذي نَقَلَهُ إذا رَضِيَ به المالك، كالنُّقْرَةِ يَطْبَعُهَا، والطينِ يَضْرِبُ منه اللَّبِنَ، والغَزْلِ ينسجه.

قلْنا: في دَفْنِ البِئْرِ، وَرَدِّ الترابِ له منفعةٌ، وفي نزع التزويقِ: يَأْخُذُ عَيْنَ ماله، ولا منفعَةَ له في رَدِّ الدراهمِ واللَّبِنِ إِلَى الحَالَةِ الأُولَىٰ، ولا في نقص الكِرْبَاسِ.

ولو غَصَبَ ثوباً، فصبغه بِصِبْغٍ من عند نفسه: فإنْ كان الصِّبْغُ، لو نزع: يَحْصُلُ منه عَيْنُ مالٍ ـ: فللغاصب إخراجُهُ، وللمالكِ إجبارُهُ علىٰ إِخْرَاجِهِ؛ سَوَاءٌ كان لذلك قيمةٌ بعد الإخراجِ، أو لم يكُنْ؛ لأنَّهُ عَيْنُ مالٍ.

قال ابنُ سُرَيجٍ: إذا أَرَادَ صَاحِبُ الثَّوْبِ استخراجَ الصبغِ، وامْتَنَعَ الغَاصِبُ ـ: لا يجبَرُ عليه؛ لأنَّ الصِّبْغَ يهلك بالاستخراج؛ بخلافِ الغراسِ: يجبَرُ على إخراجِهِ؛ لأنَّه لا يهلك بالقَلْعِ؛ بل تنتقصُ قيمته، والأوَّل أَصَحُّ؛ أنه يجبَرُ على إخراجِهِ؛ كالغراس: فإنْ دَخَلَ الثَّوْبَ نَقْصٌ ـ: يغرم[2] أرْشَ النقصانِ، ولو تَرَكَ الغاصِبُ الصِّبْغَ إِلَيْهِ ـ: هل يجبَرُ عَلىٰ قبوله؟ فيه وجهانِ؛ كما ذكرنا في التزويق، وإنْ كان الصِّبْغُ لا يحصُلُ منه شيءٌ بالإخراج ـ: ليس

---

(١) الخَزُّ من الثياب: ما ينسج من صوف وابريسم، وما ينسج من إبريسم خالص. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٢٣١).

(٢) في ظ: يضمن.

للغاصب إخراجُهُ، وإن كان يزدَادُ به قيمة الثوب؛ لأنَّه يتصرَّف في ملْكِ الغير، وهل للمالِكِ إجبارُهُ عَلَىٰ إخراجِهِ؟ فيه وجهان؛ كالتزويقِ، وإن كان الصِّبْغُ يحصُلُ منه شيء، فتراضيا علَىٰ تَرْكِ الصِّبْغ فيه ـ: فهما شريكانِ فيه، كُلُّ واحدٍ بقَدْرِ مِلْكِهِ؛ بخِلَافِ ما لو قَصَّرَ الثَّوْبَ: لا يكونُ شريكاً؛ لأنَّهُ ليس له عَيْنُ مالٍ في القِصَارَةِ؛ مثل: إنْ كانَتْ قيمةُ الثوب عشَرَةً، وقيمةُ الصبغِ عَشَرَةً، وبعد الصبغِ: قيمتُهُ عشرون ـ: فهو بينهما يباع ويأخذ[1] كُلُّ واحد نصْفَ ثمنه؛ وكذلك: إذا زادَتْ قيمته؛ فصارَتْ ثلاثين ـ: فهو بينهما يأخُذُ كلُّ واحد نِصْفَ ثمنه؛ لأنَّ الزيادَةَ حصلَتْ في ملكهما، وإنِ انتقصت قيمته، وإن كانت قيمته بعْدَ الصبغ خَمَسْةَ عَشَر ـ: فهو بينهما أثلاثاً: الثلثانِ لمالكِ الثوبِ، والثُّلُثُ للغاصِبِ، ويجعل النقصانَ مِنَ الصِّبْغ؛ لأنَّ النقصانَ حَصَلَ بِفِعْلِ الغاصب.

ولو غبن إنْسَانٌ، وَبِيعَ مِنْهُ بِأكْثَرَ مِنْ خَمْسَة عَشَرَ ـ: يكُونُ الْكُلُّ بينهما أثْلَاثاً.

ولو نَزَعَ الْغَاصِبُ الصِّبْغَ، فانتقصَتْ قيمتُهُ عَنْ عشرة ـ: يغرَّم النقصانَ عَنْ عَشَرةٍ، وهَلْ يغرَّم النقصانَ عَنْ خمسةَ عَشَر؟ نُظِرَ: إنْ نزع بمطالبة المالِكِ ـ: لا يغرَّم؛ وإلَّا فيغرَّم، ولو كانَتْ قيمتُهُ بَعْدَ الصِّبْغِ عَشَرَةً ـ: حُسِبَ النقصانُ على الغاصِبِ؛ فَإِنْ بِيعَ الثوبُ بعَشَرَةٍ ـ: تكون كلُّها لصاحبِ الثوبِ، فإن انتقص عَنِ العشرة ـ: فهو للمالكِ، وعلى الغاصِبِ أَرْشُ النقصان عَنِ العَشَرَةِ، وإذَا لم تزد قيمةُ الثوبِ على العشرة، أو انتقصَتْ عَنِ العَشَرَةَ ـ: لم يبْقَ للغاصب في الثَّوْبِ حَقٌّ؛ لأنَّ مالَهُ ـ وهُوَ الصِّبْغُ ـ مستهلكٌ، فإذا أراد استخراجَ الصِّبْغِ: إذا كان يحصُلُ منه شيءٌ ـ أجيبَ إِلَيْهِ؛ لأنَّه عَيْنُ ماله؛ كما لو غرس في الأرْضِ المغصوبة، وأراد قَلْعَهُ ـ له ذلك، ثم إذا انتقَصَ قيمةَ الثوبِ باستخراج الصبغ ـ: ضَمِنَ النقصان، وإذا زادت قيمةُ الثَّوْبِ بالصِّبْغِ، ولم يتَّفِقَا على البَيْعِ ـ نظر: إن أراد صاحبُ الثوب البَيْعَ، وامتنع الغاصبُ ـ: يُبَاعُ؛ لأن الغاصب متعدٍّ ـ: لا يملكُ منع المالك مِنْ بيع ماله.

فإن أراد الغاصب البَيْعَ، وامتنع المالكُ، هل يجبَرُ عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يُجْبَرُ؛ كما يجبر الغاصب.

والثاني: لا يُجْبَرُ؛ لأنَّ الغاصب مُتَعَدٍّ؛ فلا يستحقُّ إزالة ملك المالك[2] عَنْ ثوبه.

ولو غَصَبَ ثوباً وصبغاً مِنْ رجل، فصَبَغَهُ به ـ نُظر: إنْ لم تنتقصْ قيمةُ الثوب والصبغِ ـ: أخذه المالكُ، ولا شيءَ له، وإن زادَتْ قيمتُهُ ـ: فلا شيء للغاصِبِ، وإن انتقصَتْ قيمة واحد منهما ـ: غرم أَرْشَ النقصان، وقُوِّمَ كُلٌّ على الانفراد، فلو أراد المالكُ إجبارَهُ على إخراجِ الصِّبْغِ ـ: له ذلك، إذا كان يحصُلُ منه شيءٌ.

---

(١) في أ: فيأخذ.

(٢) في ظ: الغير.

قال الشيخُ ـ رحمه الله ـ: وإنْ كَانَ لا يحصُلُ منه شَيْء ـ: له إجبارُهُ ـ أيْضاً ـ على إخراجه لِرَدِّ الثوبِ إلىٰ ما كان عليه، إن أمكن، فإنْ رَضِيَ به المالكُ ـ: لم يكُنْ للغاصب نَزْعُهُ؛ لأنَّه لَيْسَ فيه عَيْنُ مالٍ؛ كالطِّين: يضرب منه لبناً.

ولو غصب ثَوْباً مِنْ رجُلٍ، وَصِبْغاً مِنْ آخَرَ، وصبغه به: فإن لم تَزِدْ قيمته ـ: فالثوْبُ بينهما علىٰ قَدْرِ الملكَيْن، وإن زاد ـ: فالزيادةُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ قَدْرِ المَلَكَيْنِ، وإن انتقص بأَنْ كانت قيمةُ كُلِّ واحدٍ عشرَةً، وكَانَ بَعْدَ الصِّبْغِ قيمتُهُ خَمسةَ عَشَر ـ: فالثَّوْبُ بَيْنَهُما نصْفَانِ[1]، ويرجعانِ عَلَى الغَاصِبِ بخمسة.

وقال ـ رضي الله عنه ـ: القِيَاسُ أَنْ يكُونَ الثَّوْبُ بَيْنَهُمَا أَثْلاثاً، ولو غَصَبَ أَرْضاً وَبَذَرَ بذره[2] فِيهَا ـ: للمالك إجباره على إخراجِ البَذْرِ[3]، ويغرِّمه النقصان، فلو رَضِيَ به المالكُ ـ: ليس للغاصب إخراجُهُ؛ لأنَّه لَيْسَ له فيه عَيْنُ مالٍ.

فَصْلٌ [فيما لَوْ غَصَبَ شَيْئاً فَخَلَطَهُ]

وَلَوْ غَصَبَ شَيْئاً، فخلَطَهُ بِمَا لاَ يتميَّزُ فِيهِ مِنْ جنسِهِ؛ مثل: إِنْ غَصَبَ زَيْتاً فخلَطَهُ بجِنْسِهِ، أو حنطةً فخلطها بحنطة أخرى ـ نُظِر: إنْ خلطه بمثْلِهِ أَوْ بأَجْوَدَ مِنْهُ، فإنْ أعطى الغاصب مكيلتَهُ مِنْهُ ـ: يجبر على القبول، وإنْ أعطى مِنْ موضع آخَرَ ـ هَلْ يجبَرُ عَلَىٰ قَبُولِهِ؟ فيه قولان:

أصحُّهما: يجبر؛ لأنَّ مَالَهُ صَارَ مُسْتَهلكاً بالخَلْطِ، والْخِيَارُ فيه إلى الغاصب.

والثاني: لا يجبَرُ؛ لأن عَيْنَ ماله قائمٌ، بل يكونُ شريكاً فيه؛ فعلىٰ هذا: إنْ كان يخلطُهُ بمثله ـ: أخذ منه مكيلة زيته، وإن خلطه بأجْوَدَ ـ: يكونُ شريكاً فيه بقَدْرِ حَقِّهِ؛ مثل: إنْ كانَتْ قيمةُ مَكِيلَتِهِ دِرْهماً، أو قيمةُ مكيلةِ الغاصبِ درهمين، فيباعُ ويقسَّمُ الثَّمَنُ بينهما أَثْلَاثاً: الثلُثُ للمغصوبِ منه، والثلثانِ للغاصِبِ، وإنْ أراد القسمةَ؛ ليأخُذَ المالكُ ثلثَهُ ـ: فالمذهبُ أنَّه لا يجُوزُ؛ لأنَّ القسمة بَيْعٌ، ولا يَجُوزُ قِسْمَةُ مالِ الربا متفاوتاً مع استواءِ الحقَّيْن في القَدْرِ.

وقال في رواية البُوَيْطِيِّ: يجوزُ، وهذا يخرَّج علىٰ قولنا: إنَّ الْقِسْمَةَ إفْرَازُ حَقٍّ؛ فإن جوَّزْنَا إنَّما نُجَوِّز بالتَّرَاضي.

---

(١) في أ: مقبوض.

(٢) في أ: وبذراً فيبذره.

(٣) في أ: الأرض.

وإنْ خلط بأَرْدَأ؛ مِثْلُ: إنْ كانَتْ قيمةُ المغصوبِ درهمَيْنِ، فخلط بمكيلة زَيْتٍ، قيمتُهُ دِرْهَمٌ.

فإنْ قُلْنَا: مـاله مستهلك بالخلط ـ: يجب على الغاصب مِثْل زيته من غيره، ويجبُرُ المالكُ على قبولِهِ، وإنْ قلنا: غير مستهلكٍ ـ: يكون شريكاً فيه؛ فيباع ويقسَّمُ الثمن بينهما علىٰ قَدْرِ قيمة ملكيهما.

ولو أخذ المالكُ مكيلةَ زيتِهِ منه ـ: هل له أَنْ يأخُذَ أَرْشَ النُّقْصَانِ أَمْ لا؟ إنْ قلنا: مَالُهُ مستهلكٌ ـ: لَيْسَ له ذلك؛ لأنَّه رضي بالأردإ؛ كما لو أعطى صاعاً رَدِيئاً مِنْ موضعٍ آخَرَ، وَرَضِيَ به، وإنْ قلنا: مالُهُ قائمٌ ـ: فله أن يأخذ أَرْشَ النقصان.

ولو غصب دقيقاً، فخلطه بدقيقٍ له.

قال ابن سُرَيْجٍ: الدَّقِيقُ مثليٌّ؛ لأنَّ تفاوُتَهُ في النُّعُومَة والخُشُونَة ـ: لَيْسَ بأكثَرَ من تفاوُتِ الحِنْطة في صِغَر الحَبِّ وكِبَرِه؛ فعلىٰ هذا: حكمه حكْمُ الحِنْطَة يخلطُها بحنطةٍ أخرىٰ، والصحيحُ: أن الدقيقَ متقوَّم؛ لأنه لا يجوزُ بَيْعُ بعضه ببعضٍ؛ فعلىٰ هذا: فيه وجهان:

أحدهما: يلزمُهُ قِيمَتُهُ؛ لأنَّه صارَ بالخَلْطِ مستهلكاً.

والثَّاني: يكونُ الدَّقِيقُ مشتركاً بينهما؛ فيباعُ ويقسَّم الثمنُ بينهما؛ كما ذكرنا فيما لو خَلَطَ الزَّيْتَ بالزَّيْتِ.

أمَّا إذا خلط المَغْصُوب بغَيْر جنس[1] حقِّه ـ نُظِرَ: إنْ أمكن التمييزُ بينهما؛ مثلُ: إنْ خلَطَ الحنطةَ بالشعير، أو بالذُّرَة ـ: يجبر على أنْ يميِّز، ويردّ المغصوب؛ وكذلك: لو غصب حنطةً بيضاءَ، فخلطها بحنطةٍ سمراءَ ـ: يجبُ عليه التمييزُ، وإن شَقَّ عليه، وإن لم يمكنِ التمييزُ؛ مثل: إنْ غصب زيتاً، فخلطه بِبَانٍ أو دَقِيقِ حنطة فخلطه بدقيق شعير ـ: فماله مستهلكٌ؛ يجبُ علَيْهِ؛ مِثْلُ: زيتهِ وقيمةِ دقيقه.

ولو غَصَبَ زيتاً فنجَّسَه ـ: يجبُ عَلَيْهِ رَدُّ مثله، والمالكُ أولىٰ بالاستصباح[2] به؛ كمن غصب شاة، فماتت في يده غرِّم قيمتها، والمالكُ أولَىٰ بدبغ جلدها.

ولو صُبَّ في الزَّيْتِ مَا أمْكَنَ التَّمْييزُ ـ: عليه أن يميِّز، ويغرّم ما يدخلُهُ من النقص، وإنْ لم يكُنْ ـ: فهو كما لو خلطه بِبَانٍ.

---

(١) في ظ: جنسه.

(٢) الاستصباح: استصبح بالزيت ونحوه: أمدَّ به المصباح. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٥٠٨).

فَصْلٌ فِيمَا لَوْ أَحْدَثَ صنعة بالمغصوبِ

إِذا غَصَبَ زيتاً، فأغلاه ـ نُظِرَ: إنْ لَمْ ينتقصْ قيمته، ولا عينه[١] ـ: رَدَّه، ولا شَيء عَلَيْهِ، فإنْ زادَتْ قيمتُهُ ـ: فَلاَ شَيْءَ له، وإن انتقصَتْ عَيْنُهُ دُونَ قيمته ـ: رَدَّهُ، ويُغَرَّمُ مِثْلَ ما انتقصَ مِنْ عينه، وإِنْ زادَتْ قِيمَةُ البَاقِي ـ: لا يُجْبَرُ بزيَادَةِ الْقِيمَةِ نقصانُ الْعَيْن، وإِنِ انتقصَتْ قيمتُهُ دُونَ عينه ـ: رَدَّهُ مع أرش النقصانِ؛ فإنِ انتقصَتِ العَيْنِ ـ نُظر: إن استويا بأنْ كانَتْ قيمتُهُ أربعةَ دَرَاهِمَ، فذهَبَ بالإغلاءِ نصْفُهُ، وقيمة الباقي درهمانِ ـ يردُّهُ، ويغرَّم مِثْلَ ما انتقص مِنَ الْعَيْنِ، وإنْ كَانَ نقصانُ الْقيمة أكثَرَ بأنْ ذهب نصفه، وعادَتْ قيمةُ البَاقِي إِلىٰ درهم ـ: يجب عليه مِثْلُ نصفِهِ، وأرش نقصانِ الباقِي، وهو درهَمٌ، وإنْ كان نُقْصَانُ العينِ أكثَرَ، بأنْ ذَهَبَ نصْفُهُ، وكانَتْ قيمةُ الباقِي ثلاثَ دَرَاهِمَ ـ: يجبُ عليه مِثْلُ نصفه.

ولو غصب عصيراً، وأَغْلاَه، وانتقصَتْ عيْنُهُ دون قيمتِهِ، أو صار خَلاًّ، فانتقصَتْ عينه دُونَ قيمته ـ: عليه رَدُّهُ، وهَلْ يلزمُهُ نقصانُ العين؟ فيه وجهان:

أحدهما: يلزمُهُ مِثْلُ ما انتقص مِنْ عينه؛ كما في الزَّيْتِ.

والثَّاني ـ وهو قولُ ابْنِ سُرَيْجٍ ـ: لا يَلْزَمُهُ نُقْصانُ الْعَيْنِ؛ بخلافِ الزَّيْتِ؛ لأنَّ الذاهبَ مِنَ الزيْتِ زيْتٌ، وهو متقوَّمٌ، والذاهِبُ مِنَ العَصِيرِ ماءٌ ورطوبةٌ، لا قيمةَ له، وحلاوَتُهُ باقيةٌ.

فَصْــــلٌ

ولو غَصَبَ لَوْحاً[٢] أوْ آجُرًا، وبَنَىٰ عليه ـ: لا يملكُه الغاصب؛ فعَلَيْهِ إخراجُهُ مِنَ البناءِ، وَرَدُّهُ إلى المالك.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: يملكُهُ، ويَرُدُّ قيمته.

قلنا: بنى ملكه علىٰ مِلْكِ الغَيْرِ بجهةِ العُدْوانِ؛ فلا يزولُ ملك المالكِ عَنْهُ؛ كما لو غصب أرضاً، وبَنَى فيها ـ: لا يملكُها.

ولو غَصَبَ لَوْحاً، فأدخله في سفينةٍ ـ: ينزع ويردُّ؛ فإن[٣] كانتِ السفينةُ في لُجَّةِ البَحْرِ ـ نُظر: إن كان اللوْحُ في أعلاها بحيثُ لو نُزِعَ لا يدخُلُهَا الماءُ ـ: نُزِعَ، ويُرَدُّ، وإن كان في أسْفَلِهَا، ويخاف مِنْ نزعه الغَرَقِ ـ نُظر: إن كان فيها حيوانٌ محتَرَمٌ آدَمِيٌّ، أو حيوانٌ آخَرُ، أوِ

---

(١) في ظ: عينه دون قيمته.

(٢) اللَّوْحُ: كل صفيحة عريضة خشباً كانت، أوْ عظماً، أو غيرهما. ينظر: المعجم الوسيط (٢/٨٥١).

(٣) في ظ: وإن.

الغاصبُ نفسه ـ: لا ينزعُ حَتَّىٰ يصل إلى الشَّطِّ، بل يأخذ القيمةَ للحَيْلُولَةِ، وإذا بلغ الشَّطَّ رَدَّ القيمةَ، وأَخَذَ اللَّوْحِ.

وإن لم يكُنْ فيها حيوانٌ، فإنْ كان فيها مَالُ مَنْ لَمْ يعلَمْ أن فيها لَوْحاً مغصوباً ـ: لا ينْزِعُ، وإنْ لم يكُنْ فيها إلاَّ مال الغاصِبِ، أو مَالُ مَنْ علم أن فيها لوحاً مغصوباً، فوضع فيها مالَهُ مَعَ عِلْمِهِ ـ: فهل ينزع؟ فيه وجهان:

أحدهما: ينزعُ، وإن غَرِقَتْ أموالهم؛ كما يهدم البناء، ويرد اللوح والآجُرُّ إلى المالك.

والثاني: لا يَنْزِع؛ لأنَّ له نهايةً يصير إلَيْهَا، فيردُّ اللَّوْحَ من غَيْرِ إتْلافٍ، وهو إتْيَانُ الشَّطِّ؛ بخلافِ ما لو أَدْخَلَ اللَّوْحَ في البناءِ؛ فيأخذ في الحالِ قيمتُهُ، فإذا أتَىٰ الشَّطَّ ـ: ردَّها، وأخذ اللوح.

ولو غصب خَيْطاً، فخاط به ثَوْباً ـ: يَجِبُ علَيْهِ نَزْعُهُ، وردُّه، فإنْ دخَلَهُ نقْصٌ ـ: غُرِّمَ الأرْشَ، وإنْ بَلِيَ ـ: فهو مستهلك يسقط ردُّهُ، وعليه قيمتُهُ؛ وكذلك: اللَّوْحُ في البناءِ، فإن[1] خاطَ به جُرْحَ حيوان ـ نُظر: إنْ لم يكُنِ الحيوانُ محترماً؛ كالمرتدِّ والحربيِّ، أو خاط به جُرْحَ كلْبٍ عقورٍ أو خنزيرٍ ـ: ينزع، ويرد.

وإنْ كان محترماً ـ نُظر: إن كان آدميًّا ـ: يستوي فيه الغاصبُ وغيره، أو حيواناً لا يؤكَلُ لحمُهُ ـ ينظر: إن كان بعد نباتِ اللَّحْمِ، أو كان يخاف من نزعه الهلاكَ أو زيادة العلَّة ـ: لا ينزع، بل يغرم قيمته؛ للحيلولة ـ وإن كان حيواناً مأكول اللحم؛ فإن كان لغير الغاصب لا ينزع، وإن كان للغاصب ـ فيه قولان:

أحدهما: يُذْبَحُ الحيوانُ، ويُرَدُّ الخيط؛ لأنَّ ذبحه مُبَاحٌ.

والثاني: لاَ يُذْبَحُ، بل يُغَرَّمُ الْقِيمَةَ للحيلولةِ؛ لأنَّ النبيَّ ـ ﷺ ـ: «نَهَىٰ عَنْ ذَبْحِ الْحَيوانِ إلاَّ لِمأْكَلَةٍ»[2]، فحيث قلْنا: لا ينزع، ويغرَّم القيمةَ: فإذا ماتَ، هلْ ينزعُ؟ نظر: إنْ كان الحيوانُ بهيمةً ـ: ينزعُ، ويردُّ، وإن كان آدميًّا ـ فيه وجهان:

أحدهما: ينزع؛ كغير الآدميِّ.

والثاني: لا ينزع لحرمته.

أما إذا أكله سَبُعٌ، وبقي الخيط ـ: يردُّه ويستردُّ القيمة، وهل يجوز ابتداءُ غَصْب الخيط لخياطة جُرْحِ حيوانٍ محترمٍ؟ نظر: إنْ كان يجدُ خيطاً حلالاً ـ: لا يجوزُ، وإن كان لا

---

(١) في ظ: وإن.

(٢) تقدم تخريجه.

يَجِدُ: فإن كان الحيوانُ غَيْرَ مأكولٍ ـ: يجوزُ، وإن كان مأكولاً ـ: فعلى وجهين؛ بناءً على القولين في النَّزْعِ.

فَصْــــلٌ

إذا فَتَحَ قَفَصاً عَنْ طَائِرٍ، فَطَارَ، أَوْ حَلَّ رِبَاطَ دَابَّةٍ، أو فتحَ بَابَ إِصْطَبْلٍ، فذهبت ـ نُظِرَ: إن طار أوْ ذَهَبَ عَقِيبَ الفَتْحِ ـ: يجب عليه الضمانُ؛ لأنَّ الطَّيَرَانِ والذَّهَابَ، إذا اتَّصَلَ بالفتح ـ: صار كأنه نَفَرَهُ، ولو نفره ـ: يلزمُهُ الضمانُ؛ كذلك هذا.

وإن[1] وقف بعد الفتح، ثم طار ـ: هل يلزمُهُ الضمانُ؟ فيه قولان:

أصحُهما ـ وهو قوله الجديد ـ: لا يلزمُهُ الضمانُ؛ لأنه طار بآختياره، وللطائر والبهيمة آختيارٌ وقصْدٌ، ألا تَرَاهُمَا يقصدانِ أَكْلَ ما ينفعهما، ويتوقَّيانِ ما يضرُّهما؛ فَقَدْ وجد من فاتح القفص سَبَبٌ، ومِنَ الطائرِ مباشَرَةٌ، وآختيارٌ؛ فكان الحكمُ مُحالاً على المباشرةِ.

وفي القديمِ: يضمَنُ؛ لأنه لو لم يَفْتَحِ القَفَصَ ـ: لم يمكنْهُ الخروج.

وقيل: القولانِ فيما إذا طار عَقِيبَ الفَتْحِ.

أما إذا وَقَفَ بعد الفتحِ قليلاً، ثم طار ـ: فلا ضمان قولاً واحداً.

وقال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: لا يضمن في الحالَيْنِ.

وقال مالكٌ ـ رحمة الله عليه ـ: يضمن في الحالَيْنِ.

ولو حَلَّ: القَيْدَ عَنِ رَجُلِ عَبْدٍ، فأَبَقَ ـ: نُظِر: إن كان العبدُ مجنوناً، أو كان آبقاً ـ: فكالطائر إن ذهب في الحال ـ: يضمن، وإنْ ذهب بعده ـ: فقولان، وإن كان عاقلاً غَيْرَ آبِقٍ ـ: فلا يضمن بحالٍ؛ لأنَّ له آختياراً صحيحاً.

ولو وقع طائرٌ لغيره علىٰ طرف[2] جدارِهِ، فنفره، أو رماه بحجرٍ، فطار ـ: لا يضمن؛ لأنَّ رمْيَهُ لم يكُنْ سبباً لتنفيره؛ فإن كان ممتنعاً تراجع مِنْ قتل.

أَمَّا إذا رَمَاهُ في الهواء، فقتله ـ: ضَمِنَ؛ سواءٌ كان في هواءِ دارِهِ، أو في غيرِ دارِهِ؛ لأنَّه لا يملكُ مَنْعَ الطائر مِنْ هواءِ دارِهِ.

ولو فتح زقاً فيه مائعٌ، فسال ما فيه ـ: يضمَنُ سواءٌ كان ملقى على الأرْضِ، أو كان منتصباً سَالَ منه قليلاً قليلاً حتى أبتلَّ أسفله، فسقط، وإنْ كان منتصباً لا يسيلُ منه شيءٌ،

---

(١) في أ: فإن.

(٢) سقط في: ظ.

فسقط بتحريكٍ أو ريحٍ ـ: لم يضمن، وإنْ كان ما فيه جامداً، فشرقت عليه الشمْسُ، فذاب، وخرج ـ: هل يضمن؟ فيه وجْهَان:

أحدهما: لا؛ لأنّه لم يخرجْ بفعله؛ كما لو كان منتصباً، فهَبَّ ريح، فسقَطَ.

والثاني: يضمَنُ؛ لأنَّ الشمسَ لا تخرجُهُ، بل تُذِيبُهُ، والخروجُ كان بسبب فِعْلِهِ.

ولو حَلَّ زِقًّا فيه جامدٌ، فأوقَدَ رَجُلٌ، آخَرُ بقُرْبِهِ ناراً، فذهبَ، أو كان الزِّقُّ محلولاً، فأوقد رَجُلٌ بقربه ناراً، فذاب، وخرج ـ: هل يضمن موقد النار؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يضمَنُ هو ولا مَنْ حَلَّهُ؛ لأنَّ الذي حَلَّ لم يوجَدْ منه فعْلٌ موجب[1] الضمان، وموقدُ النار لَمْ يباشِرْ.

والثاني: يضمن موقد النار؛ لأنَّه بإدناءِ النارِ منه مباشرٌ، وكذلك: لو حلَّهُ موقد النار، ثم أوقد بقربه ناراً، فذاب ـ: هل يضمن؟ فيه وجهان.

ولو فتح زِقًّا منتصباً، فيه ذائبٌ، فاْندفق بعْضُ ما فيه، ثم جاء آخَرُ ونكَّسَهُ حتَّى خرج باقيه ـ: يجب ضمانُ ما خرج بعد التنكيسِ على الثَّاني.

ولو حَلَّ رِبَاطُ سفينة، فَغَرِقَتْ ـ نظر: إنْ غَرِقَتْ في الحالِ ـ: ضمن؛ لأنها تَلِفَتْ بفعله، وإن غَرِقَتْ بعد ساعةٍ ـ نُظِر: إنْ كان بسببٍ حادثٍ؛ كَرِيحٍ هَبَّتْ ـ: لم يضمَنْ، وإِن غَرِقَتْ مِن غَيْرِ سَبَبٍ ـ: فعلى وجهين.

فَصْلٌ فِي الاخْتِلَافِ

إِذَا اْختلف الغَاصِبُ والمالكُ في تَلَفِ المغصوبِ، فقال الغاصِبُ: قد تَلِفَ، وقالَ المالِكُ: بَلْ هو باقٍ ـ: فالقولُ قَوْلُ الغاصِب مَعَ يمينه؛ لأنَّه يتعذَّر إِقَامَةُ البيِّنة عليه، فإذا هَلَكَ المغصُوبُ في يَدِ الغاصِبِ، ثم اْختلفا في قيمتِهِ، فقال المالكُ: قيمتُهُ عَشَرَةٌ، وقال الغاصب: بَلْ خمسةٌ ـ: فالقولُ قولُ الغَاصِبِ مَعَ يمينه؛ لأَنَّهُ غَارِمٌ، والأَصْلُ براءَةُ ذمَّتِهِ.

قال الشافعيُّ ـ رضي الله عَنْهُ ـ: ولا أقوِّمه على الصِّفَة، يعني: لو شَهِدَ الشهودُ أنَّها كَانَتْ توصف كذا ـ: فالقولُ قَوْلُ الغاصِبِ، ولا يقوّمه على الصِّفَةِ؛ لأنَّه قد يكون بتلْكَ الصِّفة ـ: لا يستملح[2].

---

(١) في أ: يوجب.

(٢) استملح الشيء: عدّه أو وجده مليحاً حسناً. ينظر: المعجم الوسيط ٢/ ٨٩٠.

فلو شَهِدَ شاهدانِ؛ كانت قيمتُهُ ألفاً، وادَّعىٰ المالِكُ أكثَرَ ـ: فالقولُ قولُ الغاصِبِ في الزيادةِ، ولو قَالَ المالكُ: لا أَدْرِي كَمْ كانَتْ قيمتُهُ ـ: لا تسمَعُ دعواهُ حَتَّىٰ يُبيِّنَ؛ فإِنْ بيَّنَ، فَقَالَ الغَاصِبُ: كان أنْقَصَ مِنْهُ، ولا أَدْرِي كَمْ كان ـ: لا يقبَلُ حتَّىٰ يبيِّن، وإن بيَّن حَلَفَ عليه.

ولو شهد شاهدانِ: أنَّ قيمتها أكثَرُ مِنْ خمسةٍ، ولم يبيِّنا ـ: قال الشيخُ القَفَّال: يُقْبَلُ،

ولو قال: غصبتَ منِّي داراً بالكُوفة، فقال: بَلْ غصبتُ بالمدينة ـ نظر:

إن صدَّقه المدعي في دارِ المدينة ـ: ثبت ذلك؛ فالقَوْلُ قولُ المدعَىٰ عليه في نَفْيِ دارِ الكوفة، وإن أنكر المدعِي دَاراً بالمدينةِ ـ: أرتدَّ بردِّه، وهو مُدَّعٍ دَارَ الكوفة؛ فالقول قولُ المُنْكِرِ مع يمينه.

ولو باع رجلٌ عَبْداً مِنْ رجلٍ، ثم جاء رَجُلٌ يدعي أنه مِلْكِي غَصَبَهُ منِّي البائعُ ـ: فله أنْ يَدَّعِيَ عَلَى المشتري عينه، وهل له أن يَدَّعِيَ على البائعِ قيمتَهُ؟ قد قيل: فيه قولان؛ كما لو قال: هذه العَيْنُ لفلانٍ، لا بل لفلانٍ ـ: يسلَّم إلى الأول، وهَلْ للثاني أَنْ يَدَّعِي عليه القيمةَ؟ فيه قولان، والمذهَبُ ـ ههنا ـ: أن المدعِيَ يَدَّعي القيمة على البائع قولاً واحداً؛ لأنَّه يدَّعي أنه تصرَّفَ في ملكه بالبيعِ، فإذا ادَّعَىٰ على البائعِ القيمةَ، فإنْ صدَّقَه دفَعَ القيمةَ إليه، ولا يُقْبَلُ قوله في إبطالِ حَقِّ المشتري.

ثم المدَّعِي إذا ادَّعىٰ العَبْدَ على المشتري، وصدَّقه المشترِي ـ: ردَّ العَبْدَ إلَيْهِ، واستَرَدَّ الثمن مِنَ البائع، ورَدَّ المدعِي القيمةَ إلى البَائِعِ، وإنْ كذَّبه المشتري ـ: حلَفَ، وبقي العبد له: فَلَوْ عاد العبدُ يَوْماً إلى البائع؛ بأن رُدَّ إليه بعيب، أو بسبب آخَرَ ـ: دفعه إلَىٰ المُدَّعِي، وأستردَّ القيمة، وإن كذَّبه البائعُ ـ: حلف، ثم المدعي يَدَّعِي العبْدَ على المشترِي.

ولو ادَّعىٰ المُدَّعِي أوَّلاً على المشترِي العَبْدَ: فإن صدَّقه ـ: دفع إليه، ولا رُجُوعَ له على البائع بالثمنِ؛ لأنه أبطل حقَّه بالإقرار.

وإنْ كذَّبه المشتري: فإنْ أقام المدعي بينةً ـ: أخَذَ العبْدُ، ورجع المشتري بالثَّمَنِ على البائع، وإنْ لم تقم بينةٌ ـ: حلَفَ المشترِي، وبقي العَبْدُ له، ثم المدَّعِي يدَّعي القيمةَ على البائع.

ولو نكَلَ المشتَرِي عن اليمينِ ـ: حَلَفَ المدَّعِي، وأخذ العَبْدَ، ولا دَعْوَىٰ له على البائعِ، ولا رُجُوعَ للمشتري على البائِعِ بالثمنِ؛ لأنَّه أبْطَلَ حقَّهُ بالنكولِ، ولو صدَّقاه جميعاً ـ: أخذ المدعي العبْدَ، ورَجَعَ المشتري بالثَّمَنِ على البائع، فإنْ كان المشتري قَدْ أعتَقَ العَبْدَ، ثم صدَّقاه ـ: لا يبطُلُ العتْقُ بتصديقهما؛ لأنَّه حقُّ الله عز وجَلَّ، وإنْ صدَّقهم العبْدُ على ذلك ـ: فللمدعي قيمته، ثم إن كانَتْ قيمته في يدهما سواءً، أو كانَتْ في يد المشتري أكثَرَ ـ: غُرِّمَ المدعي أيَّهما شاء، وقرارُ الضمانِ على المشتري، وإن كانَتْ قيمتُهُ في يدِ البائعِ أكثَرَ ـ: فيرجع بالزيادةِ على البائعِ، دون المشتري، وبالأصلِ: يغرِّم أيهما شاء، والقرار على المشتري.

ولو كاتَبَهُ المشتَرِي، ثم تصادقا؛ أنَّه للمدعي ـ: يفسخ الكتابة؛ لأنَّه يقبل الفسخَ، والعتْقُ لا يقبَلُ الفسْخَ؛ فهو كالاستيلادِ لا يردُّ بتصادقهما، والله أعلم.

كِتَابُ الشُّفْعَةِ(1)

رُوِي عَنْ جَابِرٍ، أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَالَ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ؛ فإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ فَلاَ

---

(1) الشفعة لغة: قال صاحب «المطالع»: الشُّفعة: مَأْخُوذةٌ من الزيادة، لأنه يضم ما شفع فيه إلى نصيبه، هذا قول ثعلب؛ كأنه كان وتراً فصار شَفْعاً، والشافع: هو الجاعل الوتر شَفْعاً، والشفيع: فعيل بمعنى فاعل.
فهي لُغَةً الضم؛ يقال: شفعت الشيء؛ ضممته إلى غيره.. ومناسبة هذا للمعنى الشرعي أن الشريك يضم نصيب شريكه إلى نصيبه.
وقيل: من الشفع ضد الوتر؛ لأن الشفيع يضمّ حصّة شريكه إلى حصّته، فيصير أن شَفْعاً، وقد كانت حصته وتراً..
وقيل: من الشفاعة؛ لأن الرجل في الجاهلية كان إذا أراد بيع داره أتاه شريكه، فشفع إليه فيما باع، فشفعه وجعله أولى به من غيره، وهذا قول محمد بن قتيبة في «غريب الحديث».. وفي «المصباح»: «شفعت الشيء شَفْعاً من باب نفع: ضممته إلى الفرد، وشفعت الركعة جعلتها ثنتين، ومن هنا اشتقت الشفعة؛ وهي مثال غرفة؛ لأن صاحبها يشفع ماله بها، وهي اسم للملك المشفوع، مثل اللُّقمة اسم للشيء الملقوم، وتستعمل بمعنى «التملُّك» لذلك الملك، ومنه قولهم: «من ثَبَتَ له شفعة، فأخر الطلب بغير عُذْرٍ، بطلت شفعته، ففي هذا المثال جمع بين المعنيين؛ فإن الأُولى للمال، والثانية للتملك.
انظر: الصحاح ٣/١٢٣٨، المغرب ٢٥٣، المصباح المنير ١/ ٤٨٥.
واصطلاحاً:
عرَّفها الحنفية بأنها: ضَمُّ ملك البائع إلى ملك الشفيع، وتثبت للشفيع بالثمن الذي بيع به، رضي المتبايعان أو سَرَطاً.
عرفها الشافعية بأنها: حَقّ تملك قَهْري يثبت للشَّريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض.
عَرَّفها المالكية بأنها: استِحْقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه.
عرفها الحَنَابِلَةُ بأنها: استحقاق انتزاع الإنسان حصَّة شريكه من مشتريها بمثل ثمنها.
انظر: الاختيار ٢/٥٦، حاشية ابن عابدين ٥/١٣٧، فتح القدير: ٩/٣٦٨، المبسوط ١٤/ ٩٠، حاشية البجيرمي ٣/١٤٥، مغني المحتاج ٢/٢٩٦، منح الجليل ٣/٥٨٢، الانصاف ٦/ ٢٥٠، الكافي ٢/٤١٦.

شُفْعَةَ»[١]. وَيُرْوىٰ: «فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ، فَلَا شُفْعَةَ»[٢].

الشفعة: حَقٌّ ثَبَت في الربعِ للشريك القديم على الشريكِ الحادثِ، دفعاً لمؤنة المقاسمة عَنْ نفسه، وهو أن يكونَ ربعُ بَيْن شريكَيْنِ أو بَيْن جماعة، فباع واحدٌ منهم نصيبه ـ: ثَبَت للشريك أنْ يأخذه من المشتري بالثَّمَنِ الذي اشتراه.

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٤٣٦) كتاب الشفعة، باب: الشفعة فيما لم يقسم، الحديث (٢٢٥٧)، وأخرجه أبو داود (٣/ ٧٨٤ ـ ٧٨٥) كتاب البيوع والإجارات، باب في الشفعة: الحديث (٣٥١٤)؛ والترمذي (٣/ ٦٥٢ ـ ٦٥٣)، كتاب الأحكام، باب ما جاء إذا حدث الحدود ووقعت السهام فلا شفعة، الحديث (١٣٧٠)؛ وابن ماجه (٢/ ٨٣٥)، كتاب الشفعة، باب: إذا وقعت الحدود فلا شفعة، الحديث (٢٤٩٩)؛ وأحمد (٣/ ٢٩٦)؛ والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٢٢)، كتاب الشفعة، باب: الشفعة بالجوار؛ والبيهقي (٦/ ١٠٢)، كتاب الشفعة، باب: الشفعة فيما لم يقسم؛ وابن الجارود (٢١٦ ـ ٢١٧)، باب: ما جاء في الشفعة؛ وأبو داود الطيالسي ص(٢٣٥)، الحديث (١٦٩١)؛ وأحمد (٣/ ٣٧٢).

(٢) «فيما لم يقسم» أي في كل مشترك لم يقسم؛ لأن عدم القسمة يستلزم الشركة، ويؤيده رواية مسلم «في كل شرك لم يقسم» أي لم تقع فيه قسمة بالفعل مع كونه يقبلها؛ لما أن الأصل في المنفي بلم أن يكون في الممكن، بخلاف النفي بلا، ولأن مقابلته بقوله: «فإذا وقعت الحدود» يدل على ذلك.
واعترض بأن الحاصل منه ـ ﷺ ـ الحكم بالشفعة في حادثة مخصوصة، وهو لا يفيد العموم.
«والجواب»: أن الصحابي لا يحكيه بصيغة العموم إلا إذا فهم ذلك من حاله ـ ﷺ ـ، بأن ظهرت منه قرينة دالة على عموم الحكم؛ لأنه عدل ضابط عارف باللغة وبالمعنى، فلا ينقل العموم إلا بعد ظهوره وقطعه.

وأما احتمال أنه قضى بشفعة خاصة، فظن العموم باجتهاده، أو سمع صيغة خاصة، فتوهم العموم فرواه، والاحتجاج بالمحكي لا بالحكاية، والعموم في الحكاية لا المحكي، فاحتمال مخالف للظاهر من علمه وعدالته، والظاهر لا يترك للاحتمال؛ لأنه من ضرورياته، فيؤدي إلى ترك كل ظاهر.
«فإذا وقعت الحدود» مفهوم قوله: «لم يقسم»، كأنه قال: فإذا وقعت القسمة فلا شفعة لأحدهما على الآخر إذا باع؛ لأنه حينئذ جار لا شريك، والمراد بالحدود العلامات المبينة ما لكل من الشريكين على انفراده.

«وصرّفت الطرق» بالتشديد بمعنى بينت وميزت، بأن جعل لكل نصيب طريق تخصه، وبالتخفيف بمعنى تفرقت، وهو عطف لازم على ملزوم، باعتبار الغالب، من أنه إذا وقعت الحدود والعلامات تميزت الطرق، أو عطف مغاير، ويعترض بأن عطفه على ما قبله حينئذ، يفيد أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق، بأن اتحدت ثبتت الشفعة، وليس كذلك. ويجاب بأنه خرج مخرج الغالب، فلا مفهوم له.
«ربعة أو حائط» الربعة تأنيث. الربع، وهو الدار والمسكن ومطلق الأرض، وأصله المنزل الذي كانوا يربعون فيه أي ينزلون فيه زمن الربيع، والحائط البستان، و «أو» في قوله: أو حائط للتنويع، فيفيد هذا أن يكون المشفوع أرضاً فقط، أو مع تابع لها هذا.
نص كلام شيخنا أبو العينين محمد في الشفعة.

والشُّفْعَةُ: لا تثبتُ إلاَّ في العَقَارِ، وفيما يَدْخُلُ في مُطْلَقِ بَيْعِ العَقَارِ مِنَ البناء والأشْجَارِ.

أما المنقولاتُ: فلا شُفْعَةَ فيها؛ وكذلك؛ لو باع البناءَ والأشجارَ المشتركَةَ دُونَ الأصْلِ ـ: فلا شفعة فيها؛ لما رُوِيَ عن جابرٍ، قال: قَضَىٰ رَسُولُ اللَّهِ ـ ﷺ ـ «بالشُّفْعَةِ في كُلِّ شِرْكٍ لَمْ يُقْسَمْ ريعُهُ أوْ حَائِطٍ[1]، لاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّىٰ يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ؛ فإِنْ شَاءَ أَخَذَ، وإِنْ شَاءَ تَرَكَ».

فإنْ باع، ولم يُؤْذِنْهُ ـ: فهو أحقُّ به؛ وهذا لأنَّ الشفعةَ إزالَةُ مِلْكِ المشتري بطريقِ القَهْرِ؛ فلا تباح إلا لضرورةٍ لا يمكنُ دَفْعُهَا إلاَّ به، وتلك الضرورةُ تتحقَّق في العقارِ؛ لأنَّ ضرره يتأبَّد[2] بسُوءِ المُشَارَكَة، والمنقولُ لا يبقَىٰ على الدوامِ؛ فلا يتأبَّد ضرره.

ولا تثبت الشفعةُ للجارِ؛ يُرْوَىٰ ذلك عن عليٍّ وابنِ عباسٍ وجَابِرٍ ـ رضي الله عنهم ـ وبه قال مالكٌ والأوزاعيُّ، ـ رحمة الله عليهما ـ[3].

---

(١) ينظر الحديث السابق.

(٢) في ظ: يقابل.

(٣) أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك، الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض، أو دار، أو حائط، ولم يخالف في ذلك إلا الأصم، وابن علية، فإنهما أبطلاها؛ ردّاً للإجماع، وتمسكاً بظاهر قوله ـ ﷺ ـ: «لا يحل مال امرىء مسلم، إلا بطيب نفس منه»، وذهاباً منهما إلى أن في إثبات الشفعة إضراراً بأرباب الأملاك؛ لأن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه، ويتقاعد الشريك عن الشراء، فيستضر المالك. وهذا منهما ليس بشيء؛ لأن ما روي في الشفعة ـ وإن كان آحاداً ـ فالعمل به مستفيض، يصير الخبر كالمتواتر، ثم الإجماع عليه منعقد، والعلم بشرعيته واقع، وليس في قول النبي ـ ﷺ ـ: «لا يحل مال امرىء مسلم...» إلخ ـ ما يمنع من الشفعة؛ لأن المشتري يعاوض عليها، فيصل إلى حقّه، فلا استحلال، ولا شيء.

فأما قولهما: «إن إثباتهما إضراراً بأرباب الأملاك» فيجاب عنه بأنا نشاهد الشركاء يبيعون، ولا يعدمون من يشتري منهم غير شركائهم، ولم يمنعهم من الشراء استحقاق الشفعة، وبأنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم، فيسقط استحقاق الشفعة.

هذا ولما كانت الشفعة ثابتة على خلاف الأصل، إذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاه، وإجبار له على المعاوضة، لكن الشرع أثبتها لمصلحة راجحة، فلا تثبت إلا إذا كان الملك مشاعاً غير مقسوم. فأما الجار فلا شفعة له، وبه قال كثير من الصحابة والتابعين؛ كعمر، وعثمان، وعمر بن عبد العزيز، وسعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، والزهري، ويحيى الأنصاري، ومن الفقهاء: مالك، والأوزاعي، وأبو ثور.

وقال أبو حنيفة وصاحباه: يقدم الشريك، فإن لم يكن، وكان الطريق مشتركاً، كدرب لا ينفذ ـ ثبتت الشفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب، فإن لم يأخذوا ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة واحتجوا على ذلك. =

. . . .

= «أولاً»: بما روى أبو رافع، قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقْبِهِ». رواه البخاري، وأبو داود.

«ثانياً» بما روى الحسن عن سمرة؛ أن النبي ـ ﷺ ـ قال: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بالدَّارِ»، رواه الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

«ثالثاً» بما روى عبد الملك بن أبي سليمان، عن عطاء، عن جابر قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفعةِ جَارِهِ، يَنْتَظِرُ بِهَا وإِنْ كَانَ غَائِباً، إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِداً».

«رابعاً» بما روى عمرو بن الشريد، عن سويد، عن أبيه؛ أنه قال للنبي ـ ﷺ ـ: «إنَّ أرضاً بيعت ليس فيها قسم ولا شرك»، فقال النبي: «أنت أحق بشفعة جارك يا ثريد..».

قالوا: ولأنه اتصال ملك يدوم ويتأبد، فثبتت الشفعة فيه كالشريك، ولأن الشفعة إنما وجبت للشريك؛ خوفاً من سوء عشرة الداخل عليه، وهذا المعنى قد يوجد في الجار، فيقتضي أن تجب له كما وجبت للشريك.

«ودليلنا» ما تقدم من الأحاديث، فحديث جابر أفاد حصر الشفعة فيما لم يقسم، فما قسم لا شفعة فيه، ثم صرّح بعد ذلك بنفي الشفعة فيما لم يقسم عن الجار بقوله: «فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق ـ فلا شفعة»، فالحديث قد دلَّ على نفي الشفعة عن الجار بطريقين.

بطريق مفهوم المخالفة كما في صدره، وبطريق المنطوق كما في عجزه.

وأيضاً اللّام في الحديث للجنس، والمعرّف بها يفيد الحصر، فاقتضى حصر الشفعة فيما لم يقسم؛ كقول النبي ـ ﷺ ـ: «الأئمة من قريش» فإنه قصر الأئمة على كونهم من قريش. وتقدم ما يتعلق بالحديث الثاني.

والحديث الثالث قد صرّح فيه بـ «إنما»، وهي تفيد إثبات ما اتصل، ونفي ما انفصل عنها؛ كقوله ـ ﷺ ـ: «إنما الأعمال بالنيات».

ومن طريق القياس، هو أن تمييز المبيع يمنع من وجوب الشفعة فيه، كالّذي بينهما طريق نافذة، ولأن الشفعة إنما ثبتت لرفع الضرر لا لجلبه، وفي إيجابها للجار ضرر داخل على صاحب الملك، من حيث إنه يتقاعد بالمالك حتى يبذل له البخس من الثمن؛ لعلمه بأن غيره لا يقدم على الشراء، مع علمه بشفعته، وهذا المعنى غير موجود في المشترك؛ لأن الشريك قادر على رفع هذا الضرر بمقاسمة شريكه، وما كان موضوعاً لرفع الضرر لم يجز أن يدخل فيه الضرر، تراجع ولأن الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع، فلا تثبت فيه، وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك يتأذى به، فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته، أو يطلب الداخل المقاسمة، فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه، وما يحتاجه من إحداث المرافق، وهذا لا يوجد في المقسوم.

«الرَّدُّ على أدلةِ أبي حنيفة»:

أمّا حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة.

قال البغوي: «ليس في هذا الحديث ذكر الشفعة، فيحتمل أنه أراد به الشفعة، ويحتمل أنه أراد أنه أحقُّ بالإحسان والصلة والعيادة، وما إلى ذلك من أنواع البر والمعونة، وخبرنا صريح فيقدم، وبقية الأحاديث في إسنادها مقال، فحديث سمرة يرويه عنه الحسن، وقد اختلفوا في لقاء الحسن سمرة، فقال بعضهم: «لم يلقه»، وقال بعضهم: «لقيه ولم يرو عنه إلا حديث العقيقة»، قاله أصحاب الحديث. فهذه الأحاديث مع ما فيها من المقال والاضطراب، لا تنتهض لمعارضة الأحاديث القاضية بنفي شفعة الجار. =

وقال شُرَيْحٌ والشَّعْبِيُّ وأبو حنيفة ـ رحمة الله عليهم ـ: تثبُتُ للجارِ الملاصِقِ، ولا تثبت للجارِ المقابِلِ، إذا كان الطريقُ بينهما نافذاً.

والحديثُ حُجَّة عليهم.

وتثبت الشفعةُ في الرَّبْع المُنْقسِم، وفيه معنيان:

أصحُهما: لما يلحقه مِنْ مؤنة المقاسمة في إمرار المرافق.

والثاني: لسوء المشاركةِ فيما يَتَأبَّد ضرره، وهل يثبُتُ في غير المُنْقَسِمِ؟ فيه وجهان؛ بناء على المعنيين:

= قال ابن المنذر: «الثابت عن رسول الله حديث جابر الّذي رويناه، وما عداه من الأحاديث فيها مقال»، ثم لو سلم استدلالهم بهذه الأحاديث، فهي محمولة على الجار الأخص، وهو الشريك، لأن اسم الجوار يختص بالقريب، والشريك أقرب من اللصيق، فكان أحقَّ باسم الجوار.

وقد أطلقت العرب على الزوجة جارة لقربها. قال الشاعر:

أجارتنا بيني فإنك طالقة.

قال الأعشى: «وتسمى الضرتان جارتين؛ لاشتراكهما في الزوج.

قال حمل بن مالك: «كنت بين جارتين لي، فضربت إحداهما الأخرى بمسطح، فقتلتها وجنينها».

وقول بعض الحنفية إنه يلزم الشافعية القائلون بحمل اللفظ على حقيقته، ومجازه أن يقولوا بشفعة الجار؛ لأن الجار حقيقة في المجاور، مجاز في الشريك. «يجاب عنه» بأن محلّ ذلك عند التجرّد عن القرينة، وقد قامت القرينة على هذا المجاز، فاعتبر الجمع بين حديثي جابر وأبي رافع، فحديث جابر صريح في اختصاص الشفعة بالشريك، وحديث أبي رافع متروك الظاهر اتفاقاً، وإلا اقتضى أن يكون الجار أحقَّ من كل أحد، حتى من الشريك، والّذين قالوا بشفعة الجار قالوا بتقديم الشريك.

وأما قياسهم على المشترك فقياس مع الفارق؛ لانعدام المعنى الذي من أجله ثبتت للشريك، وهو رفع ضرر مؤنة القسمة في الجار.

وعن قولهم: إنها وجبت في الخلطة خوفاً من سوء العشرة، وقد يوجد ذلك بالنسبة للجار، فهو أن سوء العشرة مما يجب منع السلطان فأمكن رفعه، وهي إنما وجبت لرفع ضرر لا يمكن رفعه إلا بها، وليس ذلك إلا مؤنة القسمة؛ لأنها حقٌّ لا يمكن دفعه عند طلبها إلا بالشفعة، ثم لو فرضنا أن الجار لا يطلق في اللغة إلا على من كان ملاصقاً غير مشارك، فينبغي تقييد الجوار باتحاد الطريق، كما أفاده رواية جابر، وفيها: «إذا كان طريقهما واحدة» ومقتضى هذا عدم ثبوت الشفعة بمجرد الجوار، وبذلك قال بعض الشافعية، ويؤيده أن شرعية الشفعة إنما هي لدفع الضرر، وهو إنما يحصل في الغالب مع المخالطة في الشيء المملوك، أو في طريقه؛ إذ لا ضرر على جار لم يخالط في أصل أو طريق إلا نادراً، واعتبار هذا النادر يستلزم ثبوت الشفعة للجار مع عدم اللاصقة؛ لأن حصول الضرر له قد يقع في بعض الحالات، كحجب الشمس، والاطلاع على العورات، ونحوهما من الروائح الكريهة التي يتأذى بها، ورفع الأصوات، وسماع بعض المنكرات، ولا قائل بثبوت الشفعة لمن كان كذلك، والضرر النادر غير معتبر، لأن الشارع إنما علق الأحكام بالأمور الغالبة.

نص كلام شيخنا أبو العينين محمد في الشفعة.

إنْ قلنا بالأول ـ: فلا يثبت، وهو الأصحُّ؛ لأنَّه لا يقبل القسمة؛ فلا يلحقه مؤنة المقاسمة.

وإن قلنا بالثاني ـ: ثبت، وهو قول ابْن سُرَيج ـ رحمة الله عليه ـ: وبه قال الثوريُّ وأبو حنيفةَ ـ رحمة الله عليهما ـ واختلفوا في المنقسم:

قيل: هو ألاَّ ينقص قيمةُ نصيبِ كلِّ واحدٍ منهما بعد القسمةِ عَمَّا كانَتْ عليه قَبْل القسمة نقصاناً فاحشاً.

وقيل: ما يمكنُ الانتفاعُ به بعد القسمةِ ـ: حسبَ الانتفاع به مِنْ قبل.

وقيل: ما يمكنُ الانتفاعُ به بعد القسمةِ بوجْهٍ من الوجوه ـ: خرج من هذا أنَّه إذا كان بين رجلَيْن أرْضٌ، تسعةُ أعشارِها لأحدِهَما، وللآخر عُشْرُهَا، ولا ينتفع به بعد القسمةِ: فإن طلب صاحبُ العُشْر القسمَةَ ـ: لا يجابُ إلَيْها، وإن طلب صاحبُ تسعة الأعشارِ ـ: يجاب إليها؛ فلو باع صاحبُ التسعة الأعشارِ نصيبَهُ ـ: فتثبت الشفعة لصاحب العشر لوجود المعنيين في حقِّه، وإنْ باع صاحبُ العشر نصيبَهُ ـ: هل تثبُتُ الشفعةُ لصاحبِ التسعة الأعشار؟ فعلىٰ وجهين:

إنْ قلنا بالمعنى الأول ـ وهو الأصح ـ: لا تثبت؛ لأنه لا يلحقُهُ مؤنَةُ المقاسمةِ، وإن قلنا بالمعنى الثاني ـ: ثبت، وإنْ كان بَيْن رجلَيْن بئْرٌ أو حَمَّام أو طاحونةٌ أو مَسِيلُ ماءٍ، فباع أحدهما نصيبَهُ ـ: هل يثبُتُ للآخرِ الشفعةُ؟ نظر: إن كان منقسماً بأنْ كانَتِ البئْرُ واسعةً يمكنُ أنْ يبني فيها، فيتخذ بئرين تختلفُ فيهما للدلاءِ، وفي بياضهما سَعة لإلقاءِ الترابِ ووقوفِ المُسْتَقِي، ويمكن أن يتخذ من الحمام حمامات؛ لكثرة البيوت، أو البيوتُ واسعةٌ يمكنُ أن يتخذ كلّ بيت بيتَيْنِ، والطاحونةُ كبيرةٌ يمكن أنْ تتخذ طاحونتان لكلِّ واحدة نهْرٌ ورَحاً.

وكذلك: النهْرُ ومسيلُ الماءِ: يثبت فيه الشفعةُ، وإن لم يمكنْ ـ: فلا يثبت؛ على أصَحِّ الوجهين.

ولو كانت لرجُلٍ أرْضٌ ومَسيلُ مائهما[1] مشتركٌ بين اثنين، أو مزرعةٌ لرجل والبِئْر مشتركة، فباع صاحب الأرضِ والمزرعة ـ: لا تثبت الشفعة للشريك في البئر ومَسِيل الماءِ، وإنْ باعها مع شريكه في النهرِ والبئر ـ: فلا شفعة في الأرضِ، وثبت في النهر والبئر، إن كان منقسماً؛ وكذلك: لو كانَتِ الشركةُ في المزرعة دُونَ البئر، فباع صاحبُ البئر البئر مع نصيبِهِ مِنَ المزرعة ـ: تثبت الشفعة في المزرعة دُونَ البئر، فباع.

---

(١) في أ: مائهما.

وإن كانا مشتركين بينهما، فباع أحدهما نصيبَهُ منهما ـ: فلشريكه الشفعةُ فيهما، إن كانت البئر منقسمةً، وإن لم تكُنْ منقسمةً، وقلنا: لا شفعة في غير المنقسم ـ: فتثبت الشفعةُ في المزرعة، وهَلْ تثبت في البئر تبعاً للمزرعة؟ فيه وجهان:

الأصحُّ: لا تثبت.

ولو باع داراً في سِكَّة نافذةٍ ـ: فلا تثبتُ الشفعةُ في الطريقِ؛ لأنَّه غيرُ مملوكٍ؛ بل هو مَمَرٌّ لكافَّة الناس ـ: لا يدخُلَ في البيعِ، ولا يجوزُ بيعه.

ولو باع داراً في سِكَّةٍ غيرِ نافذةٍ، وقلنا: يدخل الطريقُ في البَيْعِ، أو باع مع الطريقِ ـ: تثبت الشفعةُ لشركاءِ السِّكة في الطريق، إن كان منقسماً، ولا تثبتُ في الدارِ، إنْ أمكَنَ المشتري فَتْحَ بابٍ في سكَّةٍ أخْرَى، وإن لم يمكنْ ـ: فلا شفعةَ في الطريق؛ لِمَا فيه من إلحاق الضرر بالمشتري.

وقيل: لهم الشفعةُ وللمشتري الاستطراقُ.

وقيل: لهم الشفعةُ والطريقُ[1] للمشتري؛ لأنَّه ضَيَّع حَقَّ نفسه حَيْثُ أقْدَمَ على هذا الشِّراءِ، وخرَّج ابْنُ سُرَيْج وجهاً[2]، وبه قال مالكٌ وأبو حنيفة ـ رحمة الله عليهما ـ: أنَّه تثبُتُ الشفعةُ في الدارِ؛ لأجل الشركة في الطريق؛ والأوَّلُ المذهبُ؛ كما لو باع شِقْصَين من دارَيْن، لأحدهما شفيعٌ: لا يأخذُ الشفيعُ إلاَّ مالَهُ فيه شركٌ.

أمَّا إذا كان الطريقُ ضَيِّقاً، إذا قسم له ـ: لم يصب كلُّ واحد طريقاً يدخل فيه كلُّ ملكه؛ فلا شفعة[3] فيه؛ على ظاهر المذهب.

وحكم الخَانِ[4] إذا كان بُيُوتُهَا لجماعةٍ، لا على وجه الشركةِ، والصَّحْنُ مشتركٌ بينهم ـ: فحكْمُ السِّكَّةِ غيْرَ النافذة.

وإنْ كان بَيْنَ رجلَيْن جدارٌ، فباع أحدهما نصيبَهُ ـ نُظِرَ؛ إن لم تكنِ الأرضُ مشتركةً بينهما ـ: فلا شفعة؛ فلأنَّه كالمنقول، وإنْ كانَتِ الأرضُ مشتركةً بينهما، فباع أحدهما نصيبَهُ ـ: ثَبَتَ للآخرِ الشفعةُ في الكُلِّ، إن كان منقسماً؛ وكذلك: إذا كانت غرفَةٌ مشتركةٌ بيْنَ رجلَيْن، والسفل لأحدهما، فباع أحدُ الشريكين نصيبَهُ مِنَ الغرفة ـ: لا شفعةَ للآخر؛ لأن الشفعة كالمنقولِ؛ وكذلك: لو كان السفل لواحدٍ، والعلو لواحدٍ، فباع أحدهما مِلْكَهُ ـ: لا تثبت الشفعةُ للآخرِ، ولو كان السفلُ مشتركاً بينهما، والعلو لواحدٍ، فباع صاحبُ العُلو نصيبَه من السفلِ مع جميعِ العلو ـ: ثبت لشريكِهِ الشفعةُ في سَهْم السفل والأرض، ولا

---

(١) في أ: ولا طريقة.
(٢) في أ: وجهان.
(٣) في ظ: فلا يسقط حقه.
(٤) في ظ: الدار.

يثبت في العلو؛ وكذلك: لو كانَتْ بين رجلين أرضٌ، وفيها لأحدِهما أشجارٌ، فباع صاحبُ الأشجار نصيبَهُ من الأرضِ مع جميع الأشجارِ ـ: كان لشريكه أنْ يأخذ الأرضَ بالشفعةِ، وبحصَّتها من الثمن.

ولا شفعةَ لهُ في الأشجارِ، قال الشيخُ أبو عليٍّ السِّنْجيّ: كُنتُ سمعته من الشيخ القَفَّال في العلو، ثم سألته بعد ذلك؟ فقال: الشفعةُ تَثْبُتُ في نصفِ العلو، ونصْفِ الشجر تَبَعاً لنصْفِ الأرض؛ لأنَّ ذلك القَدرَ يدخُلُ في بيعِ الأرضِ مِنْ غَيْرِ شرط، وكذلك: يتبع في الشفعة.

قال الشيخُ أبو عليٍّ ـ رحمه اللَّهُ ـ: عندي الأوَّلُ أوْلىٰ؛ لأنَّ الشفعةَ لا تثبت فيما لا شِرْكَةَ فيه للشفيعِ مِنَ الأصُولِ؛ وكذلك: لا تثبتُ في بناءٍ وشجرٍ لا شركة فيه؛ وإنما يتبع البناءُ والشجرُ الأرضَ، إذا كـانَ في مِثْلِ حالِ الأرض بأَنْ يَكُونَ مشتركاً، والله أعلم.

فَصْلٌ في العُقُودِ الَّتِي تَثْبُتُ بِهَا الشُّفْعَةُ وَمَا يأْخُذُ بِهِ الشَّفِيع

إذا اشترى شِقْصاً مشفوعاً ـ: فالشفيعُ يأخذه مِنَ المشترِي بالثمن الذي اشتراه: فإن اشتراه بشَيْءٍ من النقدَيْن أو بشيءٍ مثليٍّ من حنطةٍ أو شعيرٍ أو نحوه ـ: أخذه بمثله؛ إن اشتراه كيلاً أخذه بمثله كيلاً، وإن اشتراه وزناً أخذه بمثله وزناً، وإن اشتراه بشيءٍ متقوَّمٍ مِنْ عبدٍ أو ثوبٍ أخذه بقيمة الثمنِ.

وتعتبرُ قيمتُهُ بيَوْمِ استقرارِ العَقْدِ، وهو حَالَةُ انقضاءِ الخيارِ، لا عبرة بما يزيدُ وينقص بما بَعْدُ.

ولو جعل رأس مال السلم شِقْصاً مشفوعاً ـ: أخذه الشفيعُ بمثْلِ المسلم فيه، إن كان مثليًّا، وإن كان متقوَّماً: فبقيمته.

ولو اشترىٰ بكف من دراهمَ غَيْرَ معلوم الوزنِ، أو بصبرة حنطةٍ غَيْرَ معلوم الكيلِ ـ: لا يأخذُهُ الشفيعُ حتَّىٰ يصير معلوماً، ولا يبطلُ حَقُّهُ بهذا التأخير.

ولو صالح عَنْ دَيْنٍ على شِقْصٍ مشفوعٍ، سواءٌ كان ذلك الدَّيْنُ ثمناً أو بَدَل إتلافٍ أو قرضاً أو أُجْرَةً، أو إجارةً ـ: يأخذ الشفيعُ بِمِثْلِ ذلك الدَّيْنِ، إن كان مثليًّا، أو قيمته: إن كان متقوَّماً.

ولو حَطَّ البائعُ بَعْضَ الثمن عن المشتري في زمان الخيار:

إنْ قلنا: يلتحق بأصْل العَقْدِ ـ: ينحط عن المشتري والشفيع جميعاً، وإن قلْنا: لا يلتحقُ ـ: ينحطُّ عن المشتري، ولا ينحطُّ عن الشفيع؛ كما لو حط بعد مضيِّ زمان الخيار.

ولو زاد في الثمن في زمانِ الخيارِ:

إن قلنا: يلتحقُ بأصْلِ العقدِ ـ: فيلزمُ المشتري والشفيع جميعاً، وإن قلنا: لا يلتحقُ ـ: فلا يلزمُ واحدٌ منهما؛ كما لو زاد بعد إبرامِ العقدِ.

ولو حط البائع جميعَ الثَّمنِ في زمان الخيارِ ـ: فإن قلنا: لا يلتحقُ بأصل العقدِ ـ: فلا يلزم في حق الشفيعِ، وإنْ قلنا: يلتحقُ ـ: فيصير كما لو باع بلا ثمنٍ، وفيه وجهان:

أحدُهما: يبطل.

والثاني: يكون هبةً.

وعلى الوجهَيْنِ: لا شفعةَ للشَّفيع؛ فلو حط بعض الثمن بعد زمان الخيار ـ: لا ينحط في حقِّ الشفيع.

وعند أبي حنيفة: ينحط.

ولو نكح امرأة على شقص، أو خالع زوجته على شقص ـ: أخذه الشفيع بمهر مثلها يوم عقد النكاح أو يوم وقع الخلع.

ولو أجر داره على شِقْصٍ[1] أو رَدَّ آبقَهُ على شِقْصٍ ـ: أخذه الشفيعُ بأجْر مثل الدارِ أو أجْرِ مثل العَمَلِ؛ غيْر أنَّه في الإجارة يَثْبُتُ بالعقد، وفي الجعالة: بعد العمل.

ولو صالح عنْ دَمِ العَمْدِ الموجِبِ للقصاصِ أو عَنِ الجراحة الموجبة للقصاصِ ـ على شِقْصٍ ـ: جاز، وأخذه الشفيع بالدية.

ولو[2] صالح عَنْ ديةِ الخطأ على شِقْصٍ ـ: ففي صحَّة الصُّلحِ قولان، فإنْ جوَّزنا ـ: أخذه الشفيعُ بالدِّيةِ، ولو جعل الشِّقْص متعةً في طلاقِ امرأةٍ ـ: أخذَ الشفيع بمتعة مثلها لا بالمهر؛ لأنَّ الواجبَ بالطلاقِ المتعةُ لا المهر.

وعند أبي حنيفة ـ: لا تثبتُ الشفعة في هذه المواضعِ إلاَّ في البيع.

فنقول: مملوكٌ بعَقْدِ معاوضةٍ، فأشبه المملوك بالشراء.

ولو أوصىٰ له بشقص مملوك مشفوع، فمات الموصِي، وقبل الموصىٰ له ـ: لا شفعة فيه؛ لأنَّه لم يملكه بعقدِ معاوضةٍ؛ كما لو وهب شِقْصاً مشفوعاً ـ: لا يثبت للشفيع الشفعة.

أما إذا وهب بشَرْطِ الثواب، هل تثبتُ فيه الشفعة؟ فيه وجهان:

---

(١) في ظ: بشقص.

(٢) في ظ: وإن.

أصحهما: تثبت؛ لأنَّه مملوكٌ بعَقْد معاوضة؛ كما لو ٱشترى.

وقيل: لا يثبُتُ؛ لأنَّه ليْس المقصودُ منه المعاوضة.

فإن قلنا: تثبتُ، هَلْ يجوزُ للشفيعِ أخْذُهُ قَبْلَ قبْضِ الموهوب له؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنَّ الهبة لا تتمُّ إلاَّ بالقبض.

والثاني: جاز؛ لأنه صَار بيعاً بشَرْطِ الثواب.

ولو قال لأُمِّ ولده: إنْ خدَمْتِ ورثتي شهراً ـ: فلك هذا الشقص، فخدمتهم ـ: ملكتِ الشِّقْصَ، وهل تثبُتُ فيه الشفعةُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: تثبتُ؛ لأنَّها ملكتْهُ بالخدمة؛ كالمملوك بعقد الإجارة.

والثَّاني: لا تثبُتُ؛ لأنَّه وصيَّةٌ في الحقيقة؛ لأنَّها تعتبر من الثلث، كسائر الوصايا.

ولو بيع شِقْص مشفوع مع عِوَضٍ بثمن واحد ـ: يوزع الثمن عليهما بأعتبار القيمة يَوْمَ العقد؛ فالشفيعُ يأْخُذُ الشِّقْصَ بمقابله من الثمن، وليس له أخذ العوض[1].

ولا يثبُتُ للمشتري الخيارُ من فَسْخِ البيعِ بتفريقِ الصفقة عليه؛ لأنَّه دخل في العقد علىٰ بصيرةٍ أنَّ الصفقَةَ تفرَّق عليه.

ولو ٱشترىٰ شِقْصاً، وفيه أشجار وأبنيةٌ ـ: يدخل الكل في البيع، ويجوز للشفيع أخْذُ جميعها تَبعاً للأَرْضِ، وكذلك؛ لو ٱشترىٰ شِقْصاً من دار ـ: للشفيع أن يأخذ جَمِيع ما يدخُلُ في مطلقِ بيعِ الدارِ مِنَ الأبواب والسُّقوف وغيرها.

ولو ٱشترى شِقْصاً وفيه نخل[2] عليها ثمرةٌ مؤبَّرة ـ: لا تدخل الثمرة في مطلق البَيْع، فلو ٱشتراها مع الثمرة ـ: للشفيع أخْذُ الشِّقْص مع النخيل بحصّتها منَ الثمر، ولا يأخذ الثمرة، وإن كانت فيها نخيل مطلعة ـ: يدخل الطَّلْعُ في البَيع، وهل للشفيع أخْذُ الطلع؟ فيه وجهان:

أصَحهما: يأخذ؛ لأنه يدخل في مطلقِ البيعِ.

والثاني: لا يأخُذُ؛ كالثمرة المُؤَبَّرة.

فإنْ قلنا: لا يأخذ ـ: أخذ الأرض والنخيل بحصَّتها من الثمر، وإنْ قلنا: يأخذ: فلو تأخر الأخذ بالشفعة تعذر حتى يرث الثمار، هل للشفيعِ أخذ الثمارِ؟ فيه وجهان:

---

(١) في أ: الثمن.

(٢) في أ: وفيها نخيل.

أحدهما: يأخذ؛ كالْفَسِيل[١] إذا كَبِرَ.

والثاني: لا يأْخُذُ؛ لأنها صارَتْ بحيثُ لا تتبع الأرضْ؛ بخلاف الفسيل.

فإنْ قلنا: ليس له أخْذُها ـ هل يحطُّ شيء من الثمن؛ لأجْلِ الثمر؟ فيه وجهان:

أحدهما: يحطُّ، كما في الثمرة المؤبَّرة: يوزَّع الثمن على الأرضِ والنخيل وعلى الطلع.

والثاني: لا يحطُّ، وعليه جميعُ الثمنِ؛ فهو بمنزلة عيْبٍ حدَثَ بالشقصِ: فإنْ شاء أخذه بجميعِ الثمن، وإن شاء ترك.

أما إذا اشترى شِقْصاً، وفيه نخيلٌ[٢] حائلة، فأثْمَرَتْ، ثم جاء الشفيعُ ـ نُظر: إن جاء بعد تأبير الثمار ـ: لم يكن له أخذ الثمار؛ بل يأخذ الأرض والنخيل بجميع الثمنِ، وإنْ جاء الشفيع، والثمر طلع ـ: هل للشفيع أخذ الطلع؟ فيه قولان:

قال في القديم: يأخذ؛ لأنه يتبع الأصْل، ويدخُلُ في مطلق البيع.

وفي الجديد: لا يأخُذُ؛ بل يبقىٰ للمشتري كالمؤبَّرة؛ لأنه تملّك بغَيْرِ التراضِي؛ فلا يؤخذ به إلاّ ما دخل في العَقْدِ؛ بخلاف البيعِ؛ فإنه يملكُ بالتراضي؛ يقدر فيه على استثناء الطَّلْعِ؛ فإذا لم يَسْتَثْنِ ـ: تبع الأصل.

ولو اشترى شِقْصاً، وفيه زَرْعٌ ـ نُظِرَ: إن كان الزرع مما لا يجز مراراً ـ: لا يدخُلُ في مطلق البيعِ، وإن اشتراه مع الزرع ـ: أخذ الشفيع الشقْصَ بحصَّته مِنَ الثمن دُون الزرعِ، وإن كان الزرعُ ممَّا لا يجز مراراً ـ: فالجزة الظاهرة لا تدخل في البيع، ويدخُلُ الأصلُ، ويأخذه الشفيعُ مع الأصل.

ولو اشترى شقْصاً مِنْ طاحونةٍ ـ: فالحجر السفلانيُّ: إن قلنا: يدخل في البيع ـ: أخذه الشفيعُ، أما العلياني: إن قلنا: يدخل في البيع ـ: هل يأخذه الشفيع؟ فيه وجهان؛ بناءً على الطلع، وإن قلنا: لا يدخل في البيع ـ: لا يأخذه الشفيع.

ولو اشترى شِقْصاً من دارٍ، ثم بعد البيع: تكسَّر منها جِذْعٌ، أو اعوجَّت أُسْطوانَةٌ، أو حَدَثَ عيبٌ آخَرُ ـ: فالشفيعُ: إن شاء أخذها بجميع الثمنِ، وإن شاء ترك.

---

(١) النخلة الصغيرة تقطع من الأم أو تقلع من الأرض فتغرس. وجـزء من النبات يفصل عنه ويغرس. ينظر: المعجم الوسيط ٢/٦٩٦.

(٢) ثبت في أ: وعليها ثمرة مؤبرة لا يدخل الثمن في مطلق البيع. ولو اشتراها مع الثمرة للشفيع الشقص مع النخيل بحصتها من الثمن ويأخذ الثمرة وإن كانت فيها نخيل.

ولو أنهدمَتْ بعد البيع نظر: إن تلفت الآلاتُ، وضاعَتْ ـ: فالشفيعُ بالخيارِ: إن شاء أخذ العَرْصَةَ بحصَّتها مِنَ الثمن، وإن شاء ترك، فإنْ لم يتلف شيءٌ منها؛ لكنَّها انْفَصلَتْ، فهَلْ للشَّفيع أخْذُهَا مع العَرْصَةِ[1]؟ نقل المزنيُّ: إما أن يأخذ الكلَّ بالثمن، وإمَّا أن يترك.

ونقل الرَّبِيعُ: أنه يأخذ بحصَّتها من الثمن، اختلف أصحابنا فيه: منهم مَنْ جعل المسألة على قولَيْنِ:

أحدهما: أنه إنْ شاء أخذ الكُلَّ بجميع الثمن، وإن شاء ترك؛ لأنَّها كانت متصلةً يَوْمَ البيع.

والقولُ الثاني: إن شاء أخذ العَرصَةَ بحصَّتها مـن الثمن، وإن شاء تَرَكَ، ولم يكُنْ له أخذ الآلات؛ لأنَّها منقولةٌ حالَةَ الأخذ.

ومنهم مَنْ قال: هي على حالَيْنِ؛ حيث قال: يأخذ بجميعِ الثَّمَنِ، أراد به: إذا لم تتلف الآلاتُ؛ فيأخذها كلَّها، وحيثُ قال: يأخُذُ بالحصَّةِ. أراد: إذا تَلِفَتِ الآلاتُ أو بعضها.

ومنْهُمْ مَنْ قال: المسألة مصوَّرَةٌ فيما إذا تَلِفَتِ الآلات؛ فحيثُ قال: يأخذ بجميع الثمن، أراد به: إذا تَلِفَتْ بآفَةٍ سماويَّةٍ؛ وحيثُ قال: يأخذ العَرْصَةَ بالحِصَّة، أراد به: إذا تَلِفَتْ بفعْلِ آدميٍّ؛ لأنَّه حصل للمشتري بَدَلُ التالفِ.

فَصْلٌ [في بَيَانِ أنَّ الشُّفْعَةَ عَلىٰ الْفَوْرِ]

الأخْذُ بالشفعة: يكونُ على الفورِ[2] بعدما عَلِمَهَا الشفيع؛ على قوله الجديدِ، وهو

---

(١) العَرْصَةُ: ساحَةُ الدَّار، أو البقعة الواسعة بين الدور لا بناء فيها. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٥٩٩).

(٢) الشفعة بمعنى طلبها على الفور، بعد علم الشفيع بالبيع، ولو بإخبار ثقةٍ حرٍ، أو عبدٍ، أو امرأةٍ؛ لأن خبر الثقة مقبول، وإن تأخر التملك؛ لأنها حق ثبت لدفع الضرر، فكان فورياً كالرد بالعيب، ولقوله ـ ﷺ ـ: «الشُّفعة كَحَلِّ العِقَالِ»، أي: تفوت بترك المبادرة، كما يفوت البعير الشرود عند حلّ العقال، إذا لم يبادر إليه صاحبه.

وقيل: تمتد ثلاثة أيام، فإنها قد تحتاج إلى نظر وتأمل، فتقدر بثلاث كخيار الشرط؛ لأن التأبيد يضر بالمشتري، والمبادرة تضر بالشفيع، لعدم تمكنه من النظر في الأحظ، فينظر بالثلاثة.

وقيل: تمتد مدة تسع التأمل في مثل ذلك الشقص.

وقيل: على التأبيد ما لم يصرّح بإسقاطها، أو يعرض به كبعه لمن شئت، فيبادر وجوباً بعد علمه بالبيع، من غير فاصل على العادة بالطلب أو بالرفع إلى الحاكم، ولا يكلّف المبادرة على خلافها بعدد ونحوه، بل يرجع فيه إلى العرف، فما عدّه توانياً وتقصيراً كان مسقطاً، وما لا فلا، وضابط ما هنا ما مرّ في الرد بالعيب.

=

....

= فإن لم يعلم كان على شفعته وإن مضى سنون، فإن اخر طلب الشفعة بلا عذر بطلت شفعته لتقصيره، فإن كان مريضاً أو محبوساً ولو بحقّ، وعجز عن الطلب بنفسه، أو غائباً عن بلد المشتري، بحيث تعدّ غيبته حائلاً بينه وبين مباشرة الطلب، أو خائفاً من عدو، أو إفراط برد أو حرّ، وجب عليه التوكيل في الطلب إن قدر عليه؛ لأنه الممكن، وإن عجز عنه وجب عليه أن يشهد على الطلب رجلين أو رجلاً وامرأتين، أو واحداً ليحلف معه، قياساً على الرد بالعيب.

فإن عجز عن الإشهاد لم يجب التلفظ بالتملك، كما في الردّ بالعيب، فلو قال: «أشهدت فلاناً وفلاناً فأنكرا لم يسقط حقُّه، فإن ترك ما قدر عليه من التوكيل والإشهاد، بطل حقُّه لتقصيره المشعر بالرضا، فإن حضر الشفيع، وغاب المشتري غيبة تحول بين الشفيع وبين مباشرة الطلب، جاز للشفيع أن يرفع أمره إلى القاضي، ويأخذ بالشفعة، وله ذلك مع حضوره، كنظيره في الردّ بالعيب.

فإن فقد القاضي من بلده خرج لطلبها هو أو وكيله عند بلوغه الخبر، إلا إن كان الطريق مخوفاً، ولم يجد رفقة تعتمد، أو كان الوقت وقت حرّ أو برد مفرطين، فلا يلزمه الخروج، ويجب عليه الإشهاد، ويجوز للقادر التوكيل كما في الردّ بالعيب؛ لأن وكيل الإنسان قائم مقامه.

وقال بعضهم: لا يجوز التوكيل للقادر؛ لأن الشفعة على الفور، والتوكيل مع القدرة يعدُّ تقصيراً.

ولو سار عقب العلم بنفسه، أو وكلّ، لم يتعين عليه الإشهاد على الطلب حينئذٍ، بخلاف الردّ بالعيب. والفرق أن تسلط الشفيع على الأخذ بالشفعة، أقوى من تسلط المشتري على الردّ بالعيب، بدليل أن الشفيع له نقض تصرف المشتري في الشقص وأخذه، بخلاف الردّ بالعيب، ولأن الإشهاد في الردّ بالعيب على المقصود وهو الفسخ، وهنا على الطلب، وهو وسيلة يغتفر فيها ما لا يغتفر في المقصود.

فإذا علم بالبيع وكان في صلاة، أو حمّام، أو طعام، أو قضاء حاجة فله الإتمام على العادة، ولا يكلّف الاقتصار على أقل مجزىء، ولو دخل وقت هذه الأمور قبل شروعه فيها فله الشروع، ولو نوى نفلاً مطلقاً فله الزيادة على ركعتين مطلقاً، نوى قدراً أم لا، ما لم يزد على العادة في ذلك، فلو لم يكن عادة اقتصر على ركعتين، فإن زاد عليهما بطل حقُّه، وله التأخير ليلاً حتى يصبح، ما لم يتمكن من الذّهاب إليه ليلاً من غير ضرر، كأن جمعتهما محلة، أو مسجد بعد الغروب، أو في صلاة العشاء، أو كان البائع، أو الحاكم، أو الشهود جيرانه، وسهل عليه الاجتماع بأحدهم كما في النهار.

ولو أخّر ثم اعتذر بمرض، أو حبس، أو غيبة، وأنكر المشتري، فإن علم به العارض الذي يدّعيه صدق الشفيع، وإلا فالمشتري، ولو لقي الشفيع المشتري في غير بلد الشقص، فأخّر الأخذ إلى حضوره إليه، بطلت شفعته؛ لاستغناء الأخذ عن الحضور عند الشقص، ما لم يلزم على ذلك الرفع إلى حاكم يأخذ منه دراهم وإن قلت، أو مشقة لا تحتمل عادة في مثل ذلك.

وقد لا يجب الفور في الطلب كالبيع بمؤجل، أو البيع وأحد الشريكين غائب، وكأن أخبر بنحو زيادة فترك، ثم بان خلافه، وكالتأخير لانتظار إدراك زرع وحصاده، وإذا كان الشقص شجر عليه ثمرة لا تستحق بالشفعة، ففي جواز التأخير إلى جذاذ الثمرة وجهان:

الأرجح منهما المنع، والفرق إمكان الانتفاع مع بقاء الثمرة، وكالتأخير ليعلم قدر الثمن، أو ليخلص نصيبه المغصوب ومحلّه، إذا لم يقدر على نزعه إلا بمشقة، أو لجهله بأن له الشفعة، أو بأنها على الفور، وهو ممن يخفى عليه ذلك، أو لخلاص الشقص المبيع، إذا كان مغصوباً، وكتأخير الولي أو =

. . . .

= عفوه والمصلحة في الأخذ، فللولي الأخذ بعد تأخيره، وللمولى الأخذ إذا كمل قبل أخذ الولي، ولا يمنع تأخير الولي، وإن لم يعذر في التأخير؛ لأن الحقَّ لغيره، فلا يسقط بتأخيره وتقصيره.

أما إذا كانت المصلحة في الترك، امتنع على المولى الأخذ بعد كماله، ومثل الشفعة للمولى الشفعة المتعلقة بالمسجد وبيت المال؛ فلو ترك متولي المسجد أو بيت المال الأخذ، أو عفا عنه، لم يكن مسقطاً لثبوت الشفعة، فله الأخذ بعد ذلك، وإن سبق العفو منه، إذ لا حقَّ له فيه، ولو لم يأخذ، ثم عزله وتولى غيره، كان لغيره الأخذ. ولو كانت المصلحة في الترك فعفا، امتنع عليه وعلى غيره الأخذ بعد ذلك، لإسقاطها بانتفاء المصلحة وقت البيع.

ولو لقي الشفيع المشتري، فسلم عليه أوْلا، وكان ممن يشرع عليه السلام، لم يكن مقصراً، فلا تبطل الشفعة؛ لأن السلام قبل الكلام سنة. وإن كان ممن لا يندب عليه السلام. كفاسق، بطل حقُّه إن علم بماله، ولو وجد المشتري بحالة لا يطلب معها السلام عليه، كأن كان يقضي حاجته، أو يجامع زوجته، فله تأخير الطلب إلى فراغه، ولو سلم عليه بطل حقُّه؛ لأن السلام لا يندب عليه حينئذ، وكذا لو سأله ابتداء عن الثمن، كأن قال له: بكم اشتريت؟ لأنه إن جهله فلا بد من البحث عنه، وإن علمه فقد يريد تحصيل إقرار المشتري؛ لئلا ينازعه فيه، أو قال له: بارك الله لك في صفقتك؛ لأنه قد يدعو بالبركة ليأخذ صفقته مباركة، وكذا لو جمع بين السلام والدعاء.

وفي الدعاء له وجه أنه يبطل به حقّ الشفعة؛ لإشعاره بتقرير الشقص في يده، ومحل هذا الوجه إن كان فيه خطاب، وإلا كبارك الله فيه، لم يضر قطعاً.

ولو قال له: «هنّأك الله بهذه الصفقة» سقط حقُّه، ويوجه بأنه يشعر بالرضا ببقاء المبيع.

ولو قال له: اشتريت رخيصاً ونحوه، كقوله: بعه، أو هبه مني، أو من فلان بطلت شفعته؛ لأنه في الأولى فضول لا غرض فيه، وفيما عداها رضى بتقرير الشقص في يد المشتري. ولو طلب الشفعة وأعوزه الثمن لم تبطل شفعته على الأصح، لكن للحاكم إبطالها عند الإعواز، وإن توكل في شرائه لم تبطل، وكذا إن توكل في البيع. وعفو الشفيع عن الشفعة قبل البيع، كأن قال لشريكه: بع نصيبك وقد عفوت عن الشفعة، أو لغيره: «اشتر فلا أطلبك بالشفعة»، لا يسقط الشفعة إذا لم يصدر منه ما يقتضي سقوطها، ولأن العفو قبل ثبوت الحق لغو، وكذا شرط الخيار للشفيع، وضمانه العهدة للمشتري، بأن يقول المشتري للبائع: بعنا هذا بكذا، بشرط أن يضمن لي فلان العهدة، وهو حاضر، فيقول: بعتك، ويقول الشفيع: ضمنتها وأخذت المبيع بالشفعة؛ لأن تمام العقد بحصول الإيجاب والقبول والضمان؛ لأنه شرط فيه. ولو اتفق الشفيع والمشتري على الطلب، لكن قال المشتري: إنه لم يبادر فسقط حقّه، وقال الشفيع: بل بادرت، فينبغي تصديق الشفيع؛ لأن الظاهر صحة الأخذ، فلو أقاما بينتين فالوجه تقديم بينة الشفيع؛ لأنها مثبتة، ومعها زيادة علم بالفور.

قال مالك: «وقت وجوبها متسع»، وروي عنه في ذلك روايتان:

إحداهما: أنه لا حدّ لذلك الوقت.

والثانية: أن له حدّاً.

وجه الرواية الأولى: «الشُّفعةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ» فإنه عام في الأوقات والأحوال، ومن جهة المعنى أن هذا حقّ متعلق بالمال، وكان المشتري عالماً به، وقادراً على إزالته عن نفسه، بتوقيفه الشفيع أمام القاضي، =

. . . .

ـــــــــــــــــــــــــــ

= فإذا لم ينقطع حقّ المشتري، وهو التوقيف، بمضي المدة، لم ينقطع حقُّ الشفيع أيضاً بمضيها.

ووجه الرواية الثانية: أن في ترك الشفيع على شفعته إضرار بالمشتري، ومنعاً له من التصرف في ملكه بالعمارة والزراعة، فكان له حدّ ينتهي إليه. والقول بالتحديد هو الأصح.

ثم اختلف في حدّها فقيل: سنتان، وقيل: سنة، وهو قول الأكثر، وما قارب السنة داخل في حكمها، وهو مذهب المدونة، وهو المعول عليه.

ومذهب الحنفية: طلبات الشفعة ثلاث:

الأول: طلب مواثبة.

الثاني: طلب إشهاد وتعزيز.

الثالث: طلب أخذ وتملك..

وشرط طلب المواثبة أن يطلب في مجلس علمه بالبيع، بسماعه من رجلين، أو رجل وامرأتين، أو واحد عدل، وإن امتد المجلس، فلو قال بعد ما بلغه البيع: «الحمد لله، ولا حول ولا قوة إلا بالله»، لا تبطل شفعته؛ لأن الأول حمدٌ لله على الخلاص من جوار البائع، والأمن من ضرر الدخيل، والثاني تعجب منه بقصد إضراره. وسمي طلب مواثبة لأنه يدل على غاية التعجيل، كأن الشفيع يثب ويطلب الشفعة.

وطلب الإشهاد هو أن يذهب إلى الدار المبيعة مثلاً؛ لأن الحقّ متعلق بها، أو البائع إذا كان المبيع في يده، أو المشتري مطلقاً، وإن لم يكن ذا يد؛ لأنه مالك، ومعه رجلان، أو رجل وامرأتان، ويقول: «اشترى فلان هذه الدار، وأنا شفيعها، وكنت طلبت الشفعة، وأطلبها الآن، فأشهدوا عليه. وهذا الطلب واجب، حتى إذا تمكن من الإشهاد ولم يشهد بطلت شفعته، وإذا أشهد في طلب المواثبة عند أحد هذه الأمور، كفى عن الإشهاد في الثاني؛ لقيامه مقام الطلبين.

وطلب التملك، ويسمى طلب الخصومة، هو الذي يخاصم به الشفيع المشتري، طالباً تسليم العقار المشفوع إليه، وبتأخيره عن الثاني شهراً أو أكثر لا تبطل شفعته عند أبي حنيفة.

وقال محمد: إذا تركه شهراً بلا عذر بعد الإشهاد بطلت؛ لأنها لو لم تسقط به تضرر المشتري، إذ لا يمكنه التصرف، خوفاً من نقضه من جهة الشفيع.

ولو أخر الطلب ثم قال: «لم أصدق المخبر»، وقد أخبره رجلان عدلان، أو رجل وامرأتان بصفة العدالة، أو واحد مقبول الرواية ولو عبداً، أو امرأة، أو جمع كثير لا يمكن تواطؤهم على الكذب عادة ولو كفَّاراً، بطلت شفعته؛ لأن شهادة الشاهدين مقبولة، وخبر مقبول الرواية مقبول في الأخبار، وخبر الجمع المذكور مفيد للعلم، فكان من حقّه أن يعتمدهم.

وقيل: يعذر في عدم قبول خبر الواحد؛ لأن البيع لا يثبت بواحد ولو عدلاً، إلا منضماً إلى اليمين، فلو قال في الأولين: جهلت ثبوت العدالة، وكان مثله، يجوز أن يخفى عليه لم يبعد قبول قوله؛ لأن رواية المجهول لا تسمع، قاله ابن الرفعة.

ولو قال: «أخبرني رجلان، وليسا عدلين عندي»، وهما عدلان، لم تبطل شفعته؛ لأن قوله محتمل ولو كانا عدلين عنده دون الحاكم، بأن علم أنهما غير عدلين عنده، ولم يقع في قلبه صدقهما، عذر في عدم تعديله على إخبارهما. قاله السبكي؛ لأنه ربما احتاج إلى إثبات الشراء عند الحاكم، وذلك لا يحصل بغير العدلين عنده، واعترض بأنه بعد كونهما عدلين عنده كيف لا يقع في قلبه صدقهما؟ والجواب: أن =

المذهَبُ؛ وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: لأنه حَقٌّ ثَبَتَ في البيعِ؛ لدفع الضَّررَ؛ كالردِّ بالعَيْب، وقال في رواية حرملة: له الخيارُ إلى ثلاثة أيَّام؛ لأنها تثبت للنظر؛ فلا بُدَّ من مضيِّ زمان ينظر[١] فيه فجعل الثلاث حَدًّا؛ لأنه نهاية القلَّة.

وقال في القديم: هو على التراضِي؛ كالخيار في القصاص؛ فعلى هذا: بماذا يسقُطُ خيارُهُ؟ فيه قولانِ:

أحدُهُما: بما يدلُّ على الإسقاط بأنْ يقولَ: قاسِمْني، أو يستبيعه أو يستوهبه.

والثَّاني: لا يسقُطُ إلا بصريح العَفْوِ، والإسقَاطُ كالقصاصِ؛ فعلىٰ هذا: إذا[٢] لم يأخُذْ، ولم يعْفُ ـ: دفعه المشتري إلى الحاكم؛ حتَّى يجبره على العفو أو الأخذ؛ لأنه لا يمكنه التصرُّف فيه والسعْيُ في عمارته؛ خَوْفاً من أخذه بالشفعة؛ فعلىٰ هذا: إن لم يفعلْ، هل يبطلُ عنه القاضي؟ فيه قولان:

فإن قلنا بظاهرِ المذهبِ؛ إنَّهُ على الفور ـ: فذلك بعد العلْمِ، فإن لم يعلَمْ ببيع الشِّقْصِ حتَّى مضىٰ سنُونَ ـ: لا يبطلُ حقه، فإن علم[٣]، وأخَّر بلا عذرٍ ـ: سقط حَقُّه، فإن حضر،

= مجرد العدالة لا يمنع من جواز الإخبار، بخلاف الواقع، فذلك مجرد كذب، والكذبة الواحدة لا توجب فسقاً. قاله الرملي، فلا تنافي العدالة.

وخرج بمقبول الرواية غيره، كصبي ومجنون وفاسق، إلا أن يصدقه، فتسقط شفعته، لأن ما يتعلق بالمعاملات يستوي فيه خبر الفاسق وغيره، إذا وقع في النفس صدقه، هذا كله في الظاهر، أما في الباطن فالعبرة بما يقع في نفسه، من صدق وضك، ولو من فاسق وغيره، قاله الماوردي.

ولو تردد في ظاهر العدالة فترك، لم يسقط حقُّه، ولو أخبر مستوران ولم يصدقهما عذر، ولو كذب عليه المخبر في جنس الثمن، كأن قال له: «إنه دراهم» فبان دنانير، أو في نوعه، كأن قال له: «إنه مصري» فبان إنكليزياً، أو في قدره كأن قال له: «إنه ألف» فبان خمسمائة، أو في حلوله كأن قال: «إنه حال» فبان مؤجلاً، أو في قدر المبيع كأن قال: «باع كلَّ حصَّته» فبان أنه باع بعضها، أو عكسه، أو في أن المشتري زيد فبان عمراً، أو قال المشتري: «اشتريته لنفسي» فبان وكيلاً، أو في أن المشتري اثنان فبان واحداً، أو عكسه بأن قال: إن المشتري واحد فبان اثنين، أو في قدر الأجل كأن قال: باع بمؤجل إلى شهر فبان إلى شهرين، فعفا أو توانى قبل بيان ما ذكر، لم تبطل شفعته، لأنه تركه لغرض بان خلافه، ولم يتركه رغبة عنه.

ولو أخبره أنه بألف، فترك فبان بأكثر بطل حقُّه؛ لأنه إذا لم يرغب فيه بالأقل فبالأكثر أولى، وكذا لو أخبره بمؤجل فعفا عنه فبان حالاً؛ لأن عفوه يدل على عدم رغبته، لما مر أن له التأخير إلى الحلول.

والحاصل أنه إذا أخبره بما هو الأنفع له فترك الأخذ بطل حقُّه، وإلا فلا.

ينظر: نص كلام شيخنا أبو العينين محمد في الشفعة.

(١) في أ: يتطرق.

(٢) في ظ: إن.

(٣) في أ: فإن مات وعلم.

فقال المشتري: سلامٌ عليكم، أو قال: بَارَكَ اللَّهُ في صَفْقَتِكَ؛ إنِّي مطالبك بالشفعةِ ـ: لا يبطل حقُّه بهذا القَدْر من الكلامِ؛ لأنَّ السلام قبل الكلامِ سُنَّةٌ[1]، والدعاءُ بالبركة نَفْعٌ؛ ليأخذ بصفقةٍ مباركةٍ، ولو سأله كَمِ الثمنِ؟ لا يبطلُ؛ لأنه لا يصحُّ أخذه ما لم يعلم الثمن.

وإن[2] أخَّرَ الطلبَ بَعْدَ زمان كان مشتغلاً بطهارةٍ أو صلاةٍ أو أكلٍ، أو دخَلَ وقته، يريدُ أن يشتغل به، أو اشتغل بلُبْسِ ثوبٍ، أو إغلاقِ بابٍ، فأخَّر حتى يفرُغ ـ: لا يبطل؛ وكذلك: إذا علم بالليل، فأخَّر حتى يطلُعَ النهار، ثم إنْ كان في خلال أكْلٍ، أو في خوف ليلٍ، وبحضرته قَوْمٌ ـ: أمكنه الإشهادُ، هل يلزمُهُ الإشهاد؟ فيه وجهانِ.

أما إذا كان محبوساً بظُلْم أو مريضاً: فإن وكل بالطَّلَب، أو لم يمكنْهُ التوكيلُ ـ: أشهد عليه [و] لا يبطل حقه، وإن لم يُشْهِدْ عليه مع الإمكانِ ـ: بطل حَقُّه، وإنْ قَدَرَ على التوكيلِ، ولم يوكِّل ـ: فالصحيحُ أنه يبطلُ حقُّه كما لو قَدَرَ بنَفْسِهِ، فلم يطلب.

وقال الشَّيخُ أبو عليٍّ الطبريُّ: لا يسقُطُ حَقُّهُ؛ لأنَّ الوكيلَ: إنْ كان يطلُبُ عوضاً ـ: فيلحقُهُ مؤْنَةٌ، وإن لم يطلُبْ ـ: فيلحقه مُنَّة.

ومن أصحابنا مَنْ قال: إن وجد من يتطوَّع بالوكالة، فلم يوكله ـ: بطل حقُّهُ، وإنْ لم يَجِدْ مَنْ يتطوَّع ـ: لا يبطل حقه.

وإنْ كان محبوساً بحقٍّ بأنْ كان عليه دَيْن، وهو مليءٌ لا يؤديه ـ: عليه أَنْ يحضر، فيطالب، فإنْ لم يفعلْ ـ: بطلَتْ شفعته، وإن كان متوارياً[3] يخافُ مِنْ عدوٍّ ـ: فهو كالمريض، وإن كان غائباً فبلغه الخَبَرُ ـ نُظر: إن أنفذ وكيلاً في الحالِ ـ: فهو علىٰ شفعته، وكذلك: إن خرج بنفسه، وأشهَدَ، وإن صار ولم يُشْهِدْ، أو خرج لطلبِ قافلةٍ، ولم يُشْهِدْ ـ: هل تبطلُ شفعته؟ فيه قولان:

أصحُّهما: لا تبطل؛ كما لو أنفذ وكيلاً، ولم يشهد.

والثاني: يبطلُ؛ لأنَّ خروجه يحتملُ أنْ يكُونَ لأمْرٍ آخَرَ، وإنفاذُ الوكيل غَيْرُ محتملٍ، ولو لم يسر في الحالِ مع الإمكانِ، ولم يوكِّل ـ: بطل حقُّه، وإن أشهد.

---

(١) حديث السلام قبل الكلام أخرجه الترمذي (٥/ ٥٩)، كتاب الاستئذان، باب: ما جاء في السلام قبل الكلام، حديث (٢٦٩٩) من طريق عنبسة بن عبد الرحمن عن محمد بن زاذان عن محمد بن المنكدر عن جابر به.
وقال الترمذي: هذا حديث منكر لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وسمعت محمداً يقول: عنبسة بن عبد الرحمن ضعيف في الحديث ذاهب ومحمد بن زاذان منكر الحديث.

(٢) في أ: فإن.

(٣) أي مستتراً. ينظر المعجم الوسيط (٢/ ١٠٣٩).

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: لا يبطلُ، إذا أشهـد، وإن لم يمكنْهُ الخروجُ بأنْ لم يجدْ رُفْقَةً أو نفقةً ـ: لم تبطلْ، إن أشهد، وإن لم يشهد ـ: بطل.

ولو اختلفا؛ فقال الشفيعُ: طلَبْتُ في الحالِ، أو سِرْتُ في الحالِ، وقال المشتري: بَلْ أخَّرْتَ، أو قال الشفيعُ: أشْهَدْتُ حيثُ وجَبَ الإشهادُ، وأنكر المشتري ـ: فالقولُ قولُ الشفيع مع يمينه؛ لأنَّ الأصْلَ ثبوتُ الحَقِّ له كما لو ادَّعَىٰ عليه أنَّكَ عَفَوْتَ، فأنكر ـ: كان[1] القول قولَ الشفيعِ، حتَّى لو قال: أشهدْتُ عَدْلَيْنِ، لا أعرفهما، أو أشهدْتُ فلاناً وفلاناً، وهما مُنْكَرانِ ـ: لا تبطُلُ شفعته؛ كما لو تَقَارَّ الزوجانِ على النكاحِ، وأنكَرَ الشُّهود ـ: يحكم بالنكاح.

وكل موضعٍ وجَبَ الإشهادُ ـ: لا يختص بمجلسِ الحُكْمِ؛ وكذلك: الأخذ بالشفعة لا يختصُّ بمجلس الحكم؛ فلا يتوقف على حُكْمِ الحاكم؛ لأنه ثَبَتَ بالنصِّ؛ كالرَّدِّ بالعيبِ.

ولو عَلم، فَحَضَرَ المُشْتَري أو لم يحضر، وحضر مجلس الحكم فأشخصه ـ: لا يبطل حَقُّهُ؛ لأنه يطلبُ الحَقَّ مِنْ معدنه، فإنْ كان الشفيعُ والمشتَرِي غائبين، فأخر الطلبَ؛ ليأتي موضع الملك ـ: بَطَلَتْ شفعَتُهُ لإمكانِ الأخْذِ في الغَيْبَةِ، ولو اتفقا علىٰ أنه أخَّر الطلب، واختلفا، فقال الشفيع: أخَّرْتُ؛ لأني كُنْتُ غائباً أو مريضاً أو محبوساً: فإنْ علم ذلك منه ـ: قُبِلَ قوله، وإنْ لم يعلم ـ: لايقبل، وإنْ قال: أَخَّرْتُ؛ لأني لم أصدِّق المخبر ـ نُظر: إن أخبره عدلانِ ـ: بطلَتْ شفعته؛ لأنَّ الحقوق تَثْبُتُ بقولهما؛ فكان عليه أنْ يعتمدهما، وإنْ أخبره فاسقٌ أو صبيٌّ أو كافرٌ ـ: يقبل قوله، ولا تسقط شفعته، وإنْ أخبره عدلٌ واحدٌ حُرًّا أو عبداً أو امرأةً ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: يقبل، ولا تسقُطُ شفعته؛ لأنَّ الحُجَّة لا تَقُومُ بقولِ الواحدِ.

والثاني: تَسْقُطُ شفعتُهُ؛ لأنَّه مِنْ باب الأخبار، ويقبل قولُ هؤلاء في الخبر.

ولو قال الشفيع: أخَّرْتُ؛ لأني لم أعلم أَنَّ الشفعة تثبُتُ للشريك، فإنْ كان قريبَ العهد بالإسلامِ، أو نشأ ببادِيَةٍ لا يعرفُونَ الأحكام ـ: يقبل قولُهُ، وله الشفعة؛ وإلاَّ فلا يقبل، وكذلك: في الردِّ بالعيب.

ولو[2] قال لم أعلَمْ أنَّه يبطُلُ بالتأخير ـ: يُقْبَلُ قوله؛ لأنَّه مما يخفىٰ على العوامِّ.

ولو أخَّر الطلب، أو عفى قبل معرفة الثمن أو معرفة المشتري ـ: لا يبطل حَقُّهُ، حتَّى لو أخبر أن الشِّقْصَ بيع من زيد، فعفى، ثم بَانَ أنَّه بيع من عمرو، ولو قال المشتري: أنَا

---

(١) في أ: فالقول.

(٢) في ظ: وإن.

أشتريتُهُ لنفسي، فعفَا، ثم بان أنه كان وكيلاً ـ: أشتراه لغيره؛ له أَنْ يأخذه؛ لأنه قَدْ يرضَىٰ بشركة زيْدٍ، ولا يرضَىٰ بشركة عمرٍو، وكذلك: لو أخبر أنه اشتراه فلانٌ، فعفا، ثم بَانَ أنَّه أشتراه فلانٌ مع غيره، أو أخبر؛ أنه أشتراهُ رجلانِ، فعفا ثم بَانَ أن أحدهما أشترى كله ـ: فله الأخذ؛ وكذلك: لو أخبر أنَّه بيع نصفه، فعفا ثم بَانَ أنه بيع كلّه، أو أخبر ببيع كلّه، فعفا، ثم بان أنه بيع بعضه ـ: له أن يأخذه؛ لأنَّه قد يرغب في الجملة ولا يرغب في البعض، أو يرغَبُ في البعض دُونَ الجملة، وكذلك لو أخبر أنه بيع بالدراهم، ثم عفى، ثم بَانَ أنَّه بيع بالدنانير، أو أخبر أنه بيع بالنيسابوريَّة، فعفا ثم بَانَ أنه بيع بالهرويَّة، أو على عكسه ـ: فله الأخذ؛ وكذلك: لو أخبر أنه بيع بمائة، فعفا، ثم بَانَ أنَّه بيع بخمسين ـ: لا يسقط حقُّه، أمَّا إذا أخبر أنه بيع بخمسين، فعفا، ثم بَانَ أنَّه بيع بمائة، أو أخبر أنه بيع كلّه بمائة، فعفا، ثم بَانَ أنه بيع بعضه بمائة ـ: سقط حَقُّه؛ لأنَّه إذا رغب عن الكلِّ بمائةٍ: فعَنِ البعض بمائةٍ أولى.

ولو أخبر أنَّه بيع حالاً، فعفا، . ثم بَانَ أنه بيعَ مؤجّلاً، أو أخبر أنه بيع إلى أَجَلِ شهرٍ، فَبَانَ أنه بيع إلى شهريْنِ ـ: لا يبطل حقُّه، أما إذا أخبر أنَّه بيع مؤجّلاً، فعفا، ثم بَانَ أنه بيع حالاً ـ: بطل حَقُّه؛ لأنه لو رغب فيه ـ: أمكَنَهُ أن يعجِّل الثمن، إذا أخبر بالتأجيل.

ولا يأخذ بالشفعة مَنْ لا يقْدِرُ على أداءِ العِوَضِ؛ لأنَّه إذا أخذ، ولم يدفع العوضَ ـ: أضرَّ بالمشتري، والضَّرَرُ لا يُزالُ بالضرر.

ولو قال: أعْطِني رهْناً أو ضميناً ـ: لم يلزمه قبولُهُ، والشفيعُ لا يملك الشِّقْصَ بمجرَّد قوله: «أخذته» ما لَمْ يعط الثمن، أو يَقْضِي له القاضي بها، فلو طلب ولم يداومْ عليه، وتوانىٰ في أداء الثمنِ ـ: بطل حَقُّه، ولو جاء وطَلَبَ، ثم ذهَبَ ليأتي بالثمن، فمضىٰ زمانُ إمكان الرجوعِ، ولم يرجعْ ـ: بَطَلَ حَقُّهُ، وإذا قضىٰ له بها ـ: فلا خيار له بَعْدَ ذلك، وعليه ثمنُها.

فَرَّعَ عليه ابن سُرَيْج، فقال: لو قضَىٰ القاضِي له بها، فمات قبل أنْ ينقد الثمن، أو يقبض الشقص ـ: فهو مَالِكٌ له، ثم إنْ مات مفلساً ـ: فالمشتري إنْ شاء أستردَّ الشقصَ، وإن شاء ضارَبَ الغرماء بالثمن.

ولو أنَّ الشفيع قال للمشتري بعْدَ عِلْمِه بالبَيْع: بِعْنِي بالشِّقْصِ، أو هَبْ لي، أو اكتراه مِنْهُ ـ: بطل حقُّهُ، سواءٌ كان عالماً بالثمن أو جاهلاً؛ لأنه رضي بشركته، ولو لم يَرْضَ لسأل عن الثمن وأخذه بالشفعة.

ولو صالح عن الشفعة على مالٍ ـ: لم يصحَّ الصُّلح؛ لأنه خيارٌ؛ فلا يجوز الاعتياضُ

عنه؛ كخيارِ الشرطِ، وهَلْ تبطلُ شفعتُهُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: تبطُلُ؛ لأنَّه أعرض عن طلبها مِنْ غير عُذْرٍ.

والثاني: لا تبطلُ؛ لأنه تركَهَا على عوض، فإذا لم يسلَّم له العوضُ -: كان على شفعته.

ولو قال أحَدُ الشريكَيْن للآخر: بِعْ نصيبَك؛ فإني عفوْتُ عن الشفعة؛ فباع له -: الشفعة؛ لأن العفو قبل ثبوت الحقِّ -: لا يَصِحُّ؛ كما لو قال لمورِّثه[1]: أوْصِ بأكثرِ منَ الثُّلُثِ؛ فإنِّي قد أجزْت، فأوصَىٰ، ثم مات -: فللوارثِ رَدُّ الزيادة على الثُّلُث؛ لأن الإجازة كانَتْ قبل أوانها.

فإن أخذ الشفيع الشِّقْصَ بالشفعة وأعْطَى الثمن، ثم خرج الثمن الذي أعطى الشفيع مستَحَقًّا أو كان المشتري اشتراه بدنانير، فخرج ما أعطاه الشَّفِيعُ نُحاساً أو رَصَاصاً: فإنْ كان الشفيعُ به عالماً -: بَطَلَتْ شفعتُهُ؛ لأجْلِ التأخيرِ، وإنْ كان جاهلاً -: فهو على شُفْعته، وعليه إبدالُها، وإن خرجَتْ رديئَةً؛ بحيث يجوزُ الرضَا به -: تبطُل شفعته، عالماً كان أو جاهلاً؛ لأن أداء ما دَفَعَ صحيحٌ؛ بدليل أنه يجوزُ للمشتري أنْ يرضى به.

وقيلَ: إنْ كان الشفيعُ عالماً، ولم يَرْضَ به المشتري -: بَطَلَتْ شفعته؛ للتأخير؛ كما في الاستحقاق.

والأوَّل أصح.

والمشتري بالخيارِ: إن شاء رضي به، وإن شاء استبدل؛ أمَّا إذا خرج ثَمَنُ المشتري مستَحَقًّا بأن اشترى الشِّقْص بعبدٍ أو بدنانيرَ معيَّنةٍ، فخرج العبد مُسْتَحقًّا، أو الدنانير مُستَحقَّةً أو نُحاساً -: فالشراء باطل، ولا شفعة للشفيع، حتَّى لو كان الشفيعُ قَدْ أخذه بقيمةِ العبد -: عليه رَدُّه، وإن كان قد اشترى بثمنٍ في الذمَّة، فخرج مستَحَقًّا رَدَّهُ، واستبدل، والشفعة بحالِها، وإن خرج رديئاً -: فهو بالخيار: إن شاء رَضيَ به، وإن شاء استبدل؛ فإنْ رَضِيَ به ليس للشفيع أنْ يأخذ بثمن رديء بل عليه الجَيِّد؛ لأنَّ العقد انْعَقَدَ عليه، وإن بخس البائع حقه.

أمَّا إذا وجد البائعُ بالثَّمن عَيْباً - نُظر: إنْ رضي به -: يجبُ على الشفيع قيمةُ عَبْدٍ صحيحٍ للمشتري، وإن فسخ البيع، ورَدَّ الثمن - نظُر: إنْ كان بَعْدما أخذ الشفيعُ الشِّقْصَ بالشفعةِ -: لم يكُنْ له رَدُّ شفعته، بل يأخُذُ قيمةَ الشِّقْص من المشتري؛ سواءٌ كان أقَلَّ مِنْ

---

(١) في أ: لوارثه.

قيمةِ العَبْدِ الَّذِي هو ثَمَنٌ أو أكثرُ، وإن[١] كان قَبْلَ أخْذِ الشفيع ـ: أخذه البائع، فإذا أخذه البائعُ، ثم جاء الشفيعُ ـ: هل تسقطُ شفعته أم له أنْ يردَّ فسخه ويأخذه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يردُّ فسخه، ويأخذه؛ لأنَّ علَّته البيع، وقد وجد، فإذا أخذه يأخذه بقيمة عَبْدٍ صحيحٍ.

والثاني: سقطَتْ شفعته؛ لأن الشفعة لِدَفْعِ ضَرَرِ الدخيلِ، وقد زال.

وكذلك: لو وجد المشتري بالشِّقْصِ عَيْباً، وفسخ العقد، ثم جاء الشفيع ـ: هل يأخذه؟ فيه وجهان.

ولو وجد المشتري[٢] بالعَبْدِ عَيْباً وتعذَّر رَدُّهُ بحدوثِ عَيْبٍ عنده، فأخذ الأرش ـ: يحطُّ ذلك الأرش عَنِ الشفيع، حتَّىٰ لو كان المشتري أخذ مِنْهُ قيمة عَبْدٍ صحيحٍ ـ: رجع عليه بالنقصان.

ولو وجد الشفيع بالشِّقْص عَيْباً ـ: له أن يردَّهُ على المشتري؛ فيسترد[٣] الثمن؛ لأنَّه يملك عليه، ثُمَّ المشتري: إن شاءَ رَدَّهُ على البائع.

ولو ٱسْتَحَقَّ الشِّقْصِ مِنْ يد الشفيع ـ: فكذلك؛ يرجع بالثَّمَنِ على المشتري، ثم هُوَ يرجع على البائعِ؛ كالمشتري الثاني: يرجعُ على الأوَّل، ثم هو يرجعُ على البائعِ الأوَّل؛ فإنْ كان الشفيعُ قد بنى وغَرَسَ فيه ـ: فللمستحقِّ قلْعُ الغراسِ والبناءِ مجَّاناً، ثم الشفيعُ: يرجعُ على المشترِي بنقصانِ البناءِ والغراسِ مع الثمن، ويرجع المشتري على البائعِ، هذا إذا أخَذَ الشفيعُ من المشتري؛ فإنْ تعذَّرَ الأخْذُ من المشتري بأَنْ هَرَبَ أو ٱختفَىٰ قبل القبض ـ: هل للشفيع الأخْذُ من البائع؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: يأخذ منه؛ فعلَىٰ هذا: تكونُ العهدةُ علَيْه، وإن كان المشترِي قَدْ حَضر؛ لأنَّ المشتري لم يأخُذْ شيئاً.

والوجه الثاني: لا يأْخُذُ من البائع؛ لأنَّه لم يتملَّك على المشتري، بل ينصبُ القاضي نائباً حتَّىٰ يقبضَ مِنَ البائعِ للمشتري، ثم يأخذه الشفيعُ؛ فعلى هذا: يرجعُ الشفيعُ بالعُهْدَةِ على المشتري: إن حضر، وإن لم يحضر ـ: فعلى البائع، وهل يكون نائبُ الحاكمِ طريقاً فيه؟ فعلى وجهين.

ولو ٱشْتَرَىٰ شِقْصاً بشَرطِ البراءةِ مِنَ العُيُوبِ:

---

(١) في أ: فإن.

(٢) في ظ: البائع.

(٣) في ظ: ويسترد.

فإن قلنا: لا يصح الشراء ـ: فلا شفعة.

وإن قلنا: يصحُّ ـ: فيبطلُ الشَّرْطُ؛ فهو كما لو اشترى مِنْ غير شرط، وإنْ قلنا: يصحُّ الشراء، ويلزم الشرط ـ: فللشفيع أَنْ يردَّهُ على المشترِي، ولا رَدَّ للمشتري على البائع، وكما لو اشتراه عَالِماً بالعَيْبِ، وأخذه الشفيعُ، وهو جاهل بالعيبِ، ثم علم ـ: ردَّهُ على المشتري، ولا رَدَّ للمشتري على البائع.

ولو باع الشفيعُ حِصَّتَهُ من العقارِ، أو رهَنَهُ بعد العلْمِ بثبوتِ الشفعةِ له ـ: بَطَلَتْ شفعته، سواءٌ باعه من مشتري الشِّقْصِ أو من غيرِهِ، وإنْ باعه قبل العلْمِ بثبوتِ الشفعة، ثم علم ـ: هل تسقط شفعته؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تبطُلْ؛ اعتباراً بيَوْمِ البيعِ؛ فإنه كان شريكاً يومئذٍ.

والثاني: تبطُلُ شفعته؛ لأن الشفعة تَثْبُتُ ابتداءً بقَدْر ما بقي له مِنَ الشِّرْك.

ولو اشتَرَى شِقْصاً مشفوعاً بِشَرْطِ الخيارِ ـ نُظِرَ: إن كان الخيار للبائع وللمشتري[1] ـ: لم يكُنْ للشفيع أخذُهُ قَبْلَ انقضاءِ الخيارِ، سواءٌ قلْنَا: الْمِلْكُ للبائِعِ أو للمشترِي أو موقوفٌ؛ لأنَّه إذا أخذه ـ: يسقُطُ حَقُّ البائعِ من الفسخِ؛ فيتضرَّر به، وإنْ كانَ الخيارُ للمشتري وَحْدَهُ، فإنْ قلنا: الملكُ موقوفٌ أو للبائع ـ: فلا يأخذه.

وإنْ قلنا بظاهر المذهبِ: أن الملك يتبع الخيارَ ـ: فالملكُ ـ ههنا ـ للمشتري، وهل للشفيع أخذه بالشفعة؟ فيه قولان:

أحدهما: لَيْسَ له ذلك؛ لأنه بيع فيه خيارٌ؛ كما لو كان الخيار للبائع.

والثاني ـ وهو الأصحُّ ـ: له ذلك؛ لأنَّه لا حَقَّ فيه لغير المشتري، والشفيعُ يملك إسقاطَهُ؛ كما يسقط حَقّ المشتري بعد لُزُومِ البيع.

ولو اشترى شِقْصاً مشفوعاً بثَمَنٍ مؤجَّلٍ ـ: ففيه قولانِ:

أصحُّهما ـ وهو قوله الجديد، وبه قال أبو حنيفة ـ: الشفيعُ بالخيارِ، إنْ شاء عَجَّلَ الثمن، وأخذ بالشفعة، وإن شاءَ صَبَرَ، حتَّىٰ يحلَّ الأجل، ثم يأخذه، وليس له أنْ يأخذه بثَمَنٍ مؤجَّلٍ؛ لأنَّ البائع قد رَضِيَ بذمَّة المشتري، والمشتري لم يَرْضَ بذمَّة الشَّفيعِ، وبهذا التأخير: لا يبطلُ حقُّهُ؛ لأنَّ له فيه غَرَضاً، فإنْ مات الشفيعُ قبل حلولِ الأجلِ ـ: أخذه وارثُهُ، إذا حَلَّ الأجَلُ، ولا يحلُّ الأجل بمَوْتِهِ؛ لأنه إذا لم يأْخُذْ بالشفعة لا يطالب بشيءٍ.

ولو مات المشتري حَلَّ عليه الأجَلُ، ولا يكون حلولاً على الشفيعِ؛ فله أن يؤخِّر أن

---

(١) في أ: أو للبائع وللمشتري.

يحلَّ الأجَلُ، وليس للشفيع مَنْعُ المشتري من التصرف فيه بالبيع وغيره، ولا منع وارثه بَعْدَ موته، إذا أَخَّرَ الشفعة؛ حتَّىٰ لو باعه المشتري، ثُمَّ حَلَّ الأجَلُ ـ: فالشفيعُ بالخيارِ: إن شاء أخذه بالْبَيْعِ الثاني، وإن شاء أخذه بالأول.

وقال في القديم: للشفيع أخْذُهُ بثمنٍ مؤجَّلٍ؛ كما لو اشتراه؛ فعلَىٰ هذا: إذا مات الشفيعُ بَعْدَ أخذه ـ: حَلَّ الأجَلُ عليه؛ فالمشتري يطالب بتركته، ولا يحلُّ على المشتري للبائع.

وقال مالكٌ ـ رحمة الله عليه ـ: إنْ كان الشفيعُ مليًّا وَفِيًّا ـ: له أن يأخذه بثَمَنٍ، وإلا فلا.

فَصْلٌ في تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ في الشُّفْعَةِ

إذا اشترىٰ شِقْصاً مشفوعاً ـ: لم يكُنْ للشفيعِ أنْ يأخذ البعض ويتركَ البعض[1]؛ لأنَّ فيه إضراراً بالمشتري بتفريقِ الصفقةِ عليه، فإذا عفا عن البَعْضِ ـ: سَقَطَ الكُلُّ؛ كالقصاصِ، ولو صالح المشتَرِي عَلَىٰ أنْ يأخُذَ بَعْضَهُ ـ: ففيه أقاويل:

---

(١) لا يجوز للشفعاء تفريق الصفقة على المشتري؛ لأنه لا يجوز أن يرفعوا عن أنفسهم ضرراً بإدخال مثله على المشتري، إذ لا يزال الضرر بالضرر، فإذا عفا أحد الثلاثة، كان للآخرين أخذ الجميع، أو العفو عنه، ولو عفا الثاني كان للآخر أخذ الجميع أو العفو عنه، فلو أخذه الحاضر من الثلاثة، ثم ردّه بعيب، كان لمن قدم من الغائبين أن يأخذ الكل أو يذر؛ لأن ردّ الحاضر بالعيب كالعفو عن الشفعة، فلو كان الشفيع واحداً أخذ جميع الشقص أو عفا عنه، فإن ضمن الشفيع المشتري للبائع في أداء الثمن بأمر المشتري صح الشراء، ولزم الضمان، وكان الشفيع على شفعته، ولا يكون ضمانه للثمن تسليماً للشفعة، وهكذا لو ضمن الشفيع عن البائع درك المبيع للمشتري بأمر البائع أو بغير أمره صح الشراء، ولزم الضمان، وكان الشفيع على شفعته، ولا يعد ذلك تسليماً، وكذلك لو شرط البائع خيار الشفيع، فاختار الشفيع إمضاء عقد البيع، كان على شفعته.

وقال أبو حنيفة: «لا شفعة للشفيع في هذه المواضع الثلاثة، ويكون ذلك تسليماً منه لها؛ لأن المبيع به قد تم، فكأن البائع وما ذهب إليه مردود؛ لأن شفعة الشفيع مستحقة بتمام البيع، فإذا فعل ما يتم به البيع، كان أولى أن تثبت له الشفعة. فعلى هذا لو ضمن الثمن فطالبه البائع به، فغرمه له، ثم أخذ الشقص بالشفعة نظر: فإن كان ضمانه للثمن بأمر المشتري فقد برىء الشفيع مما استحقه المشتري عليه من الثمن؛ لأنه قدم تعجيله عنه إلى البائع، وإن كان الضمان بغير إذن المشتري لم يبرأ من الثمن؛ لأنه تطوع بغرمه للبائع، ويحكم عليه بدفعه ثانياً للمشتري. وإن كان الشفيع قد ضمن للمشتري درك المبيع، ثم أخذ منه الشقص بشفعته، ثم استحق من يده لم يرجع على المشتري بعهدته، لأن المشتري لو استحق من يده أن يرجع على الشفيع بعهدته.

فإذا وكل الشفيع في الشراء، فاشترى لموكله، وجبت له الشفعة فيما اشتراه، وبه قال أبو حنيفة. ولو =

أحدُهَا: الصُّلْحُ جائزٌ؛ لأنَّ المانع من التشقيص حَقُّ المشتري، وقد رضي به.

والثَّاني: باطلٌ، ولهُ الخيارُ بين أن يأخذ الكلَّ أو يَتْرُكَ الكُلَّ؛ لأنَّه لم يَعْفُ مطلقاً؛ إنما عفا عن البعضِ؛ ليأخذ الباقي.

والثالث: بَطَلَتْ شفعتُهُ عَنِ الكُلِّ؛ لأن تبعيضَهُ لا يجوزُ، وترك بعضه كترك كلِّه؛ كما لو أعتق بَعْضَ عبده ـ: عتق كله.

ولو اشترى رجلانِ شِقْصاً مِنْ رجُلٍ ـ: يجُوزُ للشفيعِ أخْذُ نصيب أحدِ المشتريين؛ كما لو ملكا بعَقْدَيْنِ..

ولو باع رجُلاً مِنْ رجلٍ شِقْصاً ـ: هل للشفيعِ أخْذُ نصيب أحدِ البائعين؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوزُ؛ لما فيه من تفريقِ المِلْكِ على المشتري.

والثاني ـ وهو الأصح، وبه أجابَ المُزَنِيُّ ـ رحمه الله ـ: أنه يجوزُ؛ لأنَّ الصَّفْقَةَ تتعدَّد بتعدُّد البائع؛ كما تتعدَّد بتعدُّد المشتري؛ كما في الرَّدِّ بالعيب.

ولو باع رَجُلٌ شِقْصَيْن من دارَيْن ـ نُظر: إن كان شفيعُ كلِّ واحدٍ غَيْرَ شفيعِ الآخرِ ـ: فكلُّ واحد يأخذ شقصه، ولو ترك أحدهما حَقَّهُ ـ: لا يبطل حَقُّ الآخر؛ كما لو كان لأحدهما شفيعٌ دون الآخر ـ: أخذ الشفيعُ شقصَهُ دون الآخر، وإن كان شفيعُهُما واحداً ـ: هل للشفيع أنْ يأخُذَ أحدهما؟ فيه قولان:

= وكل في البيع، فباع لموكله، وجبت له الشفعة فيما باعه.

وقال أبو حنيفة: لا شفعة له، فأثبتها فيما اشتراه دون ما باعه. ويرد عليه بثلاثة أمور:

الأول: أن البيع يتم ببائع ومشتر، وإذا لم يمنع كونه مشترياً لغيره من ثبوت الشفعة له، وجب ألا يمنع كونه بائعاً لغيره من ثبوت الشفعة له.

الثاني: أن ثبوت الشفعة له بعد إبرام البيع، فلم يعتبر ما تقدمه كالعفو.

الثالث: أن بيعه حرص منه على ثبوت شفعته، فإذا ثبت هذا، وكانت دار بين شريكين، فوكَّل أحدهما شريكه أن يبيع نصف حصته مع نصف حصة نفسه، فباع الوكيل نصف الدَّار صفقة واحدة، ربعها لنفسه، وربعها لموكله، فللوكيل أن يأخذ لنفسه ما باعه لموكله، وهو الربع، وللموكل أن يأخذ لنفسه ما باعه لوكيله، وليس لشريك ثالث، إن كان أن يفرق الصفقة بشفعته، فيأخذ إحدى الحصتين دون الأخرى؛ لأن البائع واحد.

وقيل: إما أن تأخذ الكل أو تذر، فأمَّا ولي الصبي واليتيم إذا كان غير أصل، وباع بالولاية ما هو شفيع فيه، فلا شفعة له، والفرق بينه وبين الوكيل أن الوكيل ينوب عن الموكّل، وهو جائز التصرف، قادر على استدراك ظلامته، بخلاف الصبي. وإنما أجزنا ذلك للولي إذا كان أصلاً؛ لشدة الشفقة والرحمة.

ينظر: نص كلام شيخنا أبو العينين محمد في الشفعة.

أحدهما ـ وبه قال أبو حنيفة ـ لَيْسَ له ذلك؛ لأن الصفقة واحدة.

والثاني: له ذلك؛ لأنَّه لا نَفْعَ للتبعيضِ في شيءٍ واحد؛ بخلاف الشقص الواحد: لا يجوز أَنْ يأخذ بعضه.

فَصْلٌ في مِيراثِ الشُّفْعَةِ

مَوْتُ المشتري لا يُبْطِلُ شفعةَ الشفيع، ولو مات الشفيعُ قَبْلَ الأخذِ بالشفعةِ، وقبل العفو: إمَّا قَبْلَ العلْم أو بعده قبل التمكُّن من الأخذ ـ: تثبت الشفعةُ لورثته علىٰ قَدْرِ مواريثهم مُناسباً كان الوارثُ أو مِنْ أَهْلِ الولاء؛ خلافاً لأبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ حيثُ قال: لا تورَّثُ الشفعةُ[1].

---

(١) وللوارث الشفعة، وإن استغرق الدَّين التركة، فلو مات وله شقص من دار وعليه دين، فباع الشريك حصته قبل بيع الشقص في الدَّين، فللوارث أخذه بالشفعة، بناءً على أن الدّين لا يمنع انتقال الملك في التركة للوارث.

وإن باع الورثة في الدّين بعض دار الميت لم يشفعوا، بأن يأخذ كل منهم ما خرج عن ملكه بما بقي، ولو كانوا شركاء له فيها؛ لأنهم إذا ملكوها كان المبيع جزءاً من ملكهم، فلو أخذوا بالشفعة، لأدى الحال أن يأخذ بها ما خرج عن ملكهم، كما لو وكل في بيع شقص من داره، ليس له الأخذ بها؛ لأن المبيع ملكه. ويجوز أن يأخذ كل منهم نصيب الباقي بالشفعة، فمذهبنا أن حقَّ الشفعة يورث وينتقل بموت الشفيع قبل عفوه إلى ورثته.

وقال أبو حنيفة: «الشفعة لا تورث، وقد بطلت بموت الشفيع» مستدلاً بأنه خيار موضوع لاستخلاف مال، فوجب أن يبطل بالموت، قياساً على خيار البذل والقبول، لأن الشفيع يستحق بشفعته رفع الضرر عن ماله، كالزوج يستحق باللِّعان رفع الضرر الداخل عليه في نسبه، وقد ثبت أن اللِّعان يبطل بالموت، ولا يصير موروثاً، فوجب أن تبطل الشفعة بالموت، ولا تصير موروثة.

قال: «ولأن ملك الورثة مستحدث بعد وجوب الشفعة، وحدوث الملك بعدها يمنع من إيجابها، كمن استوهب ملكاً بعد وجوب الشفعة لم يستحق بها شفعة». قال: «ولأن الحقوق الموروثة إذا عفا عنها المريض، كان عفوه عنها مردوداً كالديون، فلما كان عفو المريض عن الشفعة صحيحاً، وليس للورثة اعتراض عليه، دلَّ على أنه غير موروث.

قال: ولأن ما ورث بالأسباب والأنساب انتقل إرثه عند عدمهم إلى بيت المال، فلمّا لم يجز للإمام أن يأخذ بالشفعة لبيت المال ما صار ميراثه إلى بيت المال، دلّ على أن الشفعة غير موروثة ميراث الأموال.

ودليلنا: عموم قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ ولأنه حق يلزم بالبيع، فوجب أن يكون موروثاً كالردّ بالعيب؛ ولأن الشفعة من حقوق الملك، فوجب أن تكون موروثة مع الملك كطرق الأملاك ومرافقها، ولأن الموت يسقط التكليف، وما يسقط به التكليف لم يبطل به الشفعة كالجنون.

وأما الجواب عن قياسهم على خيار البذل والقبول، فهو أنه منقوض بخيار الردّ بالعيب، ثم خيار البذل والقبول يجوز أن يورث، لولا أنه مستحق على الفور، فبطلان ميراثه بتراخي زمانه لا لاستحالة إرثه.

. . . .

= ثم المعنى في خيار القبول أنه لما لم يجز أن يستنيب المبذول له من يقبل عنه، لم ينتقل إلى وارثه، ولما جاز أن يستنيب الشفيع من يطالب عنه انتقل ذلك إلى وارثه.

وأمّا الجواب عن قياسهم على اللِّعان، فهو أن النيابة في اللِّعان لا تصح، وليس المنع من أخذ العوض عن الشفعة بمانع من أن يورث، كالردّ بالعيب لا يجوز أخذ العوض عنه، ويجوز أن يورث.

وأمّا الجواب عن استدلالهم بأن ملك الورثة طارىء، فهو أنهم ليسوا مالكين لأنفسهم بالطارىء من ملكهم، وإنما تنتقل إليهم ميراثاً عن ميتهم، فقاموا فيه مقامه، كمن أوصى له بابنه المملوك، فمات قبل قبوله وترك ابناً آخر، فقبل الوصية بأخيه بعد موت أبيه، عتق عليه، وإن كان الأخ لا يعتق على أخيه؛ لأنه قبلها نيابة عن أبيه.

وأمّا الجواب عن استدلالهم بأن الحقوق الموروثة ردُّ عفو المريض عنها كالديون، فهو أن أصحابنا قد اختلفوا في ذلك، فبعضهم يجعل للوارث إبطال عفوه، فعلى هذا الاعتراض.

وقال الأكثرون ـ وهو الصحيح ـ: إن عفوه ماضٍ، ولا اعتراض عليه للوارث؛ لأنهم إنما يعترضون عليه فيما استقر عليه ملكه من الأملاك، ولم يستقر ههنا ملك، وإنما هو سبب يقضي إلى الملك، فصار كقبض الهبة الذي تملك به لو رده المريض، لا اعتراض للورثة عليه، وإن جاز أن يقوموا في القبض مقامه. . .

وأمّا الجواب عن استدلالهم بأن ما كان موروثاً صار لبيت المال عند عدم الورثة إلى آخره، فهو أن لأصحابنا فيه وجهين:

أحدهما: أنه موروث لبيت المال، ويستحق الإمام أخذه بالشفعة لكافة المسلمين، إذا رأى ذلك مصلحة.

والثاني: لا شفعة؛ لأنها إنما تجب لرفع الضرر، ولا ضرر بخلاف الوارث الذي يختص بالتصرف، فيلحقه الضرر، فيستحق الشفعة.

فإذا ثبت صحة ميراث الشفعة على ما ذكرنا، لم يخل أن يكون موت الشفيع قبل البيع أو بعده، فإن كان قبل البيع، فالشفعة إنما حدثت على ملك الورثة، ولم يكن للمورث فيها حق، لتقدم موته على البيع، وتكون بين جميع من ملك ميراث الحصة، وفيها قولان:

أحدهما: أنها بينهم على عدد رؤوسهم، على ما حكاه المزني عن الشافعي.

والثاني: أنها مقسطة بينهم على قدر مواريثهم، فعلى هذا لو عفا أحد الورثة كان لمن بقي ولو واحداً، أن يأخذ جميع الشفعة كالشركاء، إذا عفا بعضهم، عاد حقه إلى من بقي. .

وإن مات بعد البيع فقد ملك الشفعة بالبيع، وانتقلت عنه بالموت إلى ورثته، وهي بينهم على قدر مواريثهم. . قولاً واحداً؛ لأنهم لم يأخذوها بأنفسهم، وإنما ورثوها عن ميتهم، فكانت بينهم على قدر مواريثهم، ويكون تأويل ما نقله المزني عن الشافعي: إن امرأته وابنه في ذلك سواءً يعني: في استحقاقها لجميع الورثة، لا يختص بها بعض دون بعض.

فعلى هذا لو أن بعض الورثة عفا عن حقِّه من الشفعة فهل يرجع ذلك على باقي الورثة؟ قولان حكاهما المروزي:

أحدهما: يرجع على من بقي من الورثة، فعلى هذا لو حضر مطالباً بالشفعة، قضى له به. =

وإنَّما قلنا ذلك؛ لأنَّه حَقٌّ لازمٌ تعلَّق بالمال، فيورث كالرَّدِّ بالعيب، فلو عفا بَعْضُ الورثة عن حقه ـ: ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: سقط الكلُّ؛ كالقصاصِ: سقط كلُّه بعفو بَعْضِ الورثة؛ وكما لو عفا الشفيعُ في حياته عن بعضه: سقط كلُّه.

والوجه الثاني ـ وهو الأصح ـ: الوارث الآخَرُ بالخيار بَيْنَ[1] أن يأخُذَ الكُلَّ أو يَدَعَ الكُلَّ؛ كما لو كان للشِّقْصِ شفيعان عفا أحدهما: يكون الآخَرُ مخيَّراً بين أن يأخذ الكُلَّ أو يدع الكُلَّ.

والوجه الثالث: تسقُطُ حِصَّةُ العافي، والآخَرُ يأخذ حصته.

وذكر صاحب «التلخيص» هذه الأقوال الثلاثة فيما لو كان للشِّقْصِ شفيعانِ، فعفا أحدهما، فمن أصحابنا مِنْ جعل الأقوالَ الثلاثةَ في الشفعة الموَرَّثة: أما أَحَدُ الشفيعين: إذا عفا ـ: لا يبطل حَقُّ الآخر قولاً واحداً؛ لأنَّ الحق ثَبَتَ لكلِّ واحدٍ منفرداً.

وقيل: لا فَرْقَ بيْنَ الصُّورتَيْنِ، كما في القصاص: لا فَرْقَ بين قصاصِ الموَرِّث وبَيْنَ أن تثبت لجماعةٍ؛ ابتداءً في أنَّ عَفْوَ البَعْضِ يسقطه؛ وهو: أن يُقْتَلَ عَبْدٌ لجماعةٍ، فعفا واحدٌ ـ: سقط كلُّه.

والأصحُّ: في الموضعين: أنَّ للثَّاني أخْذَ الكلِّ.

ولو كانت دارٌ بَيْنَ ثلاثةٍ؛ لأحدهم نصفها، وللثاني ثلثها، وللثالث سدسها، فباع صاحبُ النِّصْفِ نصيبَهُ ـ: ثبتت الشفعةُ للآخَرَيْنِ، ثم تقسم الشُّفْعة بينهما على عدد الرُّؤُوس

= والقول الثاني ـ وهو أصح ـ: أنه لا يرجع على من بقي؛ لأنهم شفيع واحد. وليسوا كالشركاء الَّذين كل واحد منهم شفيع كامل، فعلى هذا لو حضر أحد الورثة مطالباً لم يقض له بشيء حتى يجتمعوا.

فإن عفا أحدهم عن حقه فهل تبطل بعفوه شفعة من بقي؟ وجهان:

أحدهما: أنها قد بطلت، وسقط حق من لم يعف؛ لأنها شفعة واحدة عفى عن بعضها، كالشفيع إذا عفا عن بعض شفعته، فإنه مسقط لجميعها.

والثاني: أن من لم يعف على شفعته يأخذ منها بقدر ميراثه، ولا يكون عفو غيره مبطلاً لحقه، بخلاف الواحد إذا عفا عن بعض شفعته؛ لأنه قد كان له أخذ الجميع فكان عفوه عن البعض مسقطاً، وليس كذلك أحد الورثة؛ لأنه لا يملك منها إلا بقدر حصته، فلم يبطل بالعفو غير حقه، ولأن العافي عن البعض مختار للعفو، فجاز أن يسري عفوه في جميع حقه، وليس الباقي من الورثة مختاراً للعفو فلم يسر عفو غيره في حقه.

نص كلام شيخنا أبو العينين في الشفعة.

(١) في أ: إن شاء.

أمْ علىٰ قَدْر الانصباء؟ فيه قولان:

أصحهما: علىٰ قدر الأنصباءِ؛ لصاحبِ السدسِ ثلثُهُ، ولصاحب الثلث تلقاه؛ لأنَّه وفق[(١)] الملك؛ فيكون على قدر الملك[(٢)]؛ كنتاج الدَّابَّة المشتركة وكَسْب العبد المُشْترِكِ، وبه قال الحسنُ، وابْنُ سِيرينَ وعطاءٌ ومالِكٌ ـ رحمة الله عليهم ـ.

القول الثاني ـ وبه قال الشَّعبيُّ والنَّخعِيُّ وأبو حنيفة، وٱختاره المزنيُّ، ـ رحمة الله عليهم ـ: يقسم على عدد الرؤوس؛ لأنَّ الشفعة تَثْبُتُ بأصل الشركة؛ بدليل أنَّ كلَّ واحد لو انفرد أَخَذَ الكُلَّ، وهما في أَصْلِ الشركة سواءٌ، فهو كأُجْرَةِ الصَّكَّاكِ[(٣)]: يقسم على عدد الرؤوس.

ولو ثَبَتَت الشفعةُ لرجُلٍ، فقَبْلَ الأخْذِ ماتَ عَنِ ٱبنٍ وزوجةٍ ـ: نقل المزنيُّ: أن ٱمرأته وٱبْنَهُ سواءٌ، وٱحْتَجَّ به علىٰ أنَّ الشفعة تقسم على عدد الرؤوس.

وٱختلف أصحابُنَا فيه، منهم من قالَ: تقسم الشفعةُ بَيْنَ الورثة علىٰ عددُ رؤوسِهِمْ أم علىٰ قَدْرِ مواريثهم؟ فيه قولان؛ كالمسألة الأُولىٰ؛ لأنهم ورثوا الحقَّ الذي تثبُتُ به الشفعةُ لا الشِّقْصُ؛ فصاروا كالشركاء.

والمذهَبُ ـ ههنا ـ: أنَّه يقسم بينهما على التفاوت قولاً واحداً؛ لأنَّهما يأخذان بجهةِ الميراثِ عَنِ الأبِ، وهما في الميراث يتفاوتانِ، وقولُ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ: «هما سواء» ـ أراد: في أصل استحقاقِ الشفعةِ لا في القَدْر.

هذا إذا مات الشفيعُ قَبْلِ الأخْذِ، أما إذا مات بَعْدَ الأخذِ ـ: فلا يختلف القولُ أنْ يقسم بينهم على فرائض الله تعالى[(٤)].

ولو ورث رجلانِ داراً مِنْ أبيهما، ثم مات أحدُهُما عنِ ٱبْنَيْنِ ـ: صار نصيبُهُ ميراثاً لابنيه، فلو باع أحدُ الابنَيْنِ نصيبَهُ ـ: تثبُتُ الشفعةُ لأخيه وعمِّه؛ على أصحِّ القولين، وهو المذهبُ، وبه قال أبو حنيفة، واختاره المزنيُّ ـ رحمة الله عليهما ـ كما لو باع العَمُّ نصيبَهُ ـ: ثبت لابن الأخ؛ فعلىٰ هذا: يقسم بين الأخِ والعَمِّ على عدد الرؤوس أو علىٰ قَدْرِ الأنصباءِ؟ فعلى القولين.

---

(١) في أ: رفق.

(٢) في أ: المالك.

(٣) أي كاتب الصكوك. ينظر: لسان العرب ٤/ ٢٤٧٥.

(٤) في ظ: عز وجل.

وقال في القديم ـ وبه قال مالكٌ ـ رحمة الله عليه ـ: الشفعةُ للأخِ دون العمِّ؛ لأنَّ الشفعة مبناها على القُرْب، والأخُ أقربُ، لأن الأخوَيْنِ مَلكا بسببٍ واحدٍ، وهو الإرث عن الأب[1]، أما العَمُّ فميراثه عَنِ الجَدِّ، ولأنَّ للأخ اختصاصاً ليس للعمِّ من حيث إنَّ دَيْنَ المَيِّت يتعلَّق بنصيب الأخوَيْنِ دون العم؛ فلهذا[2] لو عفى الأخُ، هل تثبت للعمِّ؟ فيه وجهان:

أحدهما: بلى؛ لأنَّه شريكُهُ.

والثاني: لا؛ لأنَّ العقد لم يثبتْهُ.

ولا يختصُّ القولانِ بالإرثِ، بل كُلُّ شريكَيْن حصَلَ الملكُ لهما بجهة، وحصل لشريك الآخر بجهة أخرى، فباع أحدُ اللَّذَيْن مَلَكا بجهة واحدةٍ نصيبَه ـ: هل لِلَّذي ملَكَ بجهةٍ أخرى شركةٌ في الشفعة؟ فيه قولانِ؛ مثلُ إنْ كانَتْ دارٌ بين رجلين، باع أحدهما نصيبَهُ مِنْ رجلَيْنِ، ثم أحد المشتريَيْنِ باع نصيبَهُ، هل تثبت الشفعةُ لهما أمْ تختصُّ بما اشترى معه؟ فعلى القولين؛ في الجديد ـ وهو المذهبُ ـ: يثبت لهما.

فَصْلٌ [في هَلْ يَبْطُلُ حَقُّ الشُّركاءِ فِي الشُّفْعَةِ إِذَا عَفَا وَاحِدٌ مِنْهُمْ]

دَارٌ بَيْنَ أربعةِ نفرٍ، باع واحدٌ منهم نَصيبَهُ ـ: ثبتت الشفعةُ للشركاءِ، فلو عفا واحدٌ منهم ـ: سقَطَ حقُّهُ، ولا يبطُلُ حقُّ الآخرينِ، على ظاهرِ المذهب، وليس للآخرين إلاَّ أخْذُ الكُلِّ أو ترك الكُلِّ؛ وكذلك ـ: لو عفا اثنانِ ليس للثالثِ إلاَّ أخْذُ الكُلِّ أو تركُ الكلِّ، ولو جعل بعضهم نصيبه[3] لبعضِ الشركاءِ ـ: لم يصحَّ؛ بل يكون لجميعهم؛ لأنَّ ذلك عفوٌ ليس بهبةٍ، فلو كان واحدٌ منهم حاضراً، واثنانِ غائبان ـ: فالحاضرُ بالخيارِ بين أن يأخذ الكلَّ ويترك الكلَّ، ولَيْسَ له أخذ الثلث؛ لأنَّ صاحبَيْهِ إذا حضر؛ ربَّما لا يأخذان؛ فيتفرَّق الملك على المشتري، فلو أخَّر الحاضرُ أخْذَهُ على حضور شريكه ـ: هل يبطلُ حَقُّهُ بهذا التأخير؟ فيه وجهان:

قال ابن أبي هريرة: يبطُلُ؛ لأنَّهُ أخَّره مع إمكان الأخذ.

وقال أبو إسحاق: لا يبطُلُ؛ لأنه أخَّر لغرضٍ صحيحٍ، وهو خشيةُ أَنْ يَقْدَمَ الغائبُ، فينزعه مِنْ يده، فإذا أخذ الكلَّ، ثم حضر الثاني ـ: يأخذ منه النصف؛ كما لو لم يكُنْ إلا

---

(١) في ظ: الابن.

(٢) في ظ: فعلى.

(٣) في ظ: حصته وكلاهما صحيح.

شفيع فلو أراد أنْ يأخذ الثلثَ، هل له ذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك؛ كما لو لم يجز للأوَّل أخذُ الثلث.

والثَّاني: له ذلك؛ لأنَّ الحقَّ ـ: ثبت للشفعاءِ أثلاثاً.

فإذا أخذ هو الثلث ـ: لا نفرق الحقَّ عليهم؛ بخلافِ الأول؛ فإنه يأخذه من المشتري، والمشتَرِي ملكَهُ جملةً؛ فلا يجوز التفريق عليه، فإذا أخذ الثاني نصف ما في يد الأول، ثم حضر الثالثُ ـ: أخذ مِنْ كلٍّ واحِدٍ ثُلُثَ ما في يده، وإذا أخذ الثاني الثلثَ ـ: إما على الوجه الذي يجوزُ أو بالتراضي؛ فإذا حضر الثالثُ ـ: له أنْ يأخذ ثلث ما في يدِ الثانِي، ثم يضمّه إلى ما في يد الأوَّل؛ فيقسمان نصفين؛ لأنه يقولُ: ما مِنْ جزء منه إلاَّ ولِي ثلثُهُ؛ فيأخذ ثلثه، ويأخذ من الأوَّلِ نِصْفَ ما في يده؛ لأنه مُسَاوٍ له في الحقِّ؛ فللأول أنْ يشاطِرَهُ ما أخذ من الثاني؛ فيزداد نصيب الأول والثالث؛ فيأخذ عدداً له ثلث، ولثلثه ثلث، وأقلُّه تسعةٌ؛ أخذ الثاني منها ثلاثة، والثالث يأخُذُ منه سهماً، مِنَ الأوَّل ثلثه، ثم يجعل السهم الذي أخذه مِنَ الثاني بينهما، فنقول: سهمٌ واحدٌ لا يستقيمُ على أثنيْنِ بضَرْبِ أثنينِ في تسعةٍ، فتصير ثمانيةَ عَشَرَ، أخذ الثاني منها تسعةً، ثم أخذ الثالث منها سهمَيْنِ ومِنَ الأول ستّة، واستردَّ الأوَّلُ منه سهماً من السهمين؛ فصار لكلٍّ واحدٍ سبعةٌ، وللثاني أربعة.

ولو حضر منهم أثنانِ، وأخذا جميع الشِّقْصِ مناصفةً، وقاسما: بأن أتيَا الحاكمَ، حتى أقام قَيِّماً في مال الغائب، فأقتسموا، ثم حضر الثالثُ، فإن عفا ـ: صحَّتِ القسمةُ؛ وإلاَّ تنقض القسمةُ، ولو أخذ الأوَّل الكلَّ، وقاسم المشتَرِي، وغرس وبنى في نصيبه، ثم حضر الآخرانِ، هل لهما قَلْعُ الأشجارِ والبناءِ مجَّاناً؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: لا؛ لأنَّه غرس وبنى في ملكه؛ كالمشتري: إذا قاسم الشفيعَ، والشفيعُ غَيْرُ عالمٍ بثبوت الشفعة له؛ فبنى المشتري في نصيبه، ثم علم الشفيعُ ـ: لا يقلع بناءه مجاناً.

والثاني: يقلَعُ؛ بخلاف المشتري؛ لأنَّ ملكه كَانَ مُسْتَقِرًا عليه، وملكُ الشفيعِ الأوَّل غَيْرُ مستقرٍّ؛ لأنَّ الثاني يستحقُّ مثل ما أستحقَّ الأوَّل؛ وكذلك: إذا حصَلتِ الزوائدُ مِنْ ثمار النخيلِ في يد الشريكِ الأوَّل ـ: هل يسلَّم له أم يشاركُهُ الثاني والثالثُ؟ فيه وجهان:

أصحهما: يسلَّم له؛ كما يسلم للمشتري؛ لأنها حدثَتْ في ملكه.

والثاني: لا، بَلْ يشاركه الآخران فيها.

ولو كان للشِّقْصِ شفيعانِ، وأحدهما[1] حاضر، فعفا الحاضرُ ـ: فللغائب أخذُ الكلِّ،

---

(١) في أ: واحد منهما.

فلو مات الغائبُ، والحاضرُ وارثُهُ ـ: له أخذُهُ بالشفعةِ، وإن كان قد عفا؛ لأنَّ العفو كان عن حقٍّ ثَبَتَ له، وهذا أخذ بحقِّ الإرث.

فَصْلٌ في تَصَرُّفِ المُشْتَرِي في الشِّقْصِ المَشْفُوعِ

إذا بنى المشتري في الشِّقْصِ المشفوعِ، أو غَرَسَ، أو زَرَعَ قَبْلَ علْمِ الشفيع ـ: يقلع مجاناً، لا لحقِّ الشفعة، بل لتركة الشفيع؛ فإنَّ أحد الشريكَيْن إذا بَنَىٰ أو غرس في الأرْضِ المشتركة بغَيْرِ إذْنِ شريكِهِ ـ: يقلع مجَّاناً؛ فلو قاسم المشتري الشفيعَ، ولم يعلم الشفيعُ ثُبُوت الشفعةِ ـ: له ظنه؛ يقاسم من جهة البائعِ بوكالته، أو قال له المشتري: أنا أقاسم بوكالته، أو البائع قاسم الشفيع بوكالةِ المشترِي، ظن الشفيعُ أنه يقاسم من جهة نفسه ـ: فلا تبطل شفعته بهذه القسمة على أحد الوجهين؛ لأنَّ الشركة كانَتْ ثابتة يوْمَ البيع، وتصح القسمة، أو أخبر الشفيعُ أن الشِّقْصَ بيع بمائةٍ، فعفا وقاسم فغَرَسَ المشتَرِي فيه، وبنى، ثم بان أنه بيع بأقَلَّ من مائة، أو كان الشفيعُ قد غاب، ووكل مَنْ يقاسمُ مع شريكه، أو مع مَنْ يشتري من شريكِهِ، فقاسم الوكيلُ ـ: صحَّتْ قسمته، ولا تبطل به شفعةُ الشفيع؛ ففي هذه المواضع. إذا بنى أو غرس المشتري في نصيبه، ثم علم الشفيعُ ـ: يجوز له أخْذُ العَرْصَة بالشفعة، ولم يكُنْ له قلْعَ الغراسِ والبناءِ والزرع مَجَّاناً؛ لأنَّ المشتري لم يكُنْ متعدِّياً فيه، بل يترك الزرعُ إلى الحصاد، ويتخيَّر الشفيع في الغِراسِ والبناءِ بين أخْذِ الأشياءِ الثلاثةِ، إن شاء أقرَّها بالأجرة، وإن شاء قَلَعَها وضمن أرش النقصان، وإن شاء تملَّكها بقيمةِ اليَوْمِ.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: يقلع البناءُ والغراسُ مجاناً دُونَ الزرع.

ولو تصرَّف المشتري في الشِّقْصِ المشفوعِ ـ نُظر: إن تصرَّفَ تصرُّفاً تثبت فيه الشُّفعةُ؛ بأنْ باعه قَبْلَ عِلْمِ الشفيع أوْ وَلَّى البَيْع رجُلاً، أو أصدقه امرأتَهُ، أو كانتِ امرأةٌ اختَلَعَتْ نفسها عليه واستأجرته شيئاً ـ: فالشفيعُ بالخيارِ، إنْ شاء فَسَخَ العَقْد الثاني، وأخذ بالأوَّل، وإنْ شاء أخذ بالعقد الثاني، فإذا أخذ بالأوَّل ـ: لم يكنْ له فسْخُ النكاح، إن كان المشتري قَدْ أصْدَقَهَا، وإن كان المشتري الثاني قد غرس فيها ـ: لا يقلع غراسه مجاناً؛ كما ذكَرْنا في المشتري الأوَّلِ.

ولو أجره المشتري أو وَهَبَهُ، أو رَهَنَهُ، أو وقَفَهُ ـ: فللشفيعِ فسْخُ هذه العقودِ، وأخذه بالشفعة، بخلافِ ما لو باع عَبْداً بثوبٍ، فأجَرَ المشتري العبد، ثم وجد البائع بالثَّوْب عَيْباً، وردَّه ـ: لا يثبت له فسخ الإجارة، لأنَّ حقَّهُ ثَبَتَ بالاطِّلاعِ على العَيْبِ، والإجارةُ كانَتْ سابقةً عليه، وحَقُّ الشفيع ههنا كان ثابتاً يوْمَ الإجارة؛ فكان له فسخها.

ولو اشترى شِقْصاً، وقَبْلَ عِلْمِ الشفيع، تقايلا ـ: فإن قلنا: الإقالةُ بَيْعٌ ـ: فالشفيعُ

بالخيار؛ إن شاء أخذ بالأول، وإن شاء أخذ بالثاني، وإنْ قلنا: فسخ، هل له رَدُّ فسخه؟ فيه وجهان؛ كما لو رد الشقص بالعيب، ثم علم الشفيع، هل له رَدُّ فسخه؟ فيه وجهان.

أما إذا عفا الشفيعُ، ثم تقايلا: إن قلنا: الإقالةُ بَيْعٌ ـ: تتجدَّد له الشفعة، وإن قلنا: فسخ، فلا.

ولو عفا الشفيعُ، ثم المشتري وَلَّى البيع رجلاً ـ: تتجدد للشفيعِ الشفعةُ؛ لأنَّ التوليَةَ بَيْعٌ جديدٌ.

فَصْلٌ فيمَا إِذَا بَاعَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ

إذا باع في مرضِ موتِهِ شِقْصاً يساوي ألفَيْنِ، بألفٍ لا مال له سواهُ ـ: فقد حَابَىٰ بنصْفِ مالِهِ، فإنْ أجاز الوارثُ ـ: صَحَّ البيع في الكُلِّ، ثم الشفيعُ كَمْ يأخذ منه؟ هذا يُبْنَىٰ على أن إجازَةَ الوارثِ تنفيذٌ لما فعله الموصِي أوِ ابتداءُ تمليكٍ مِنْهُ؟ وفيه قولان: إن قلنا: تنفيذٌ لما فعلَهُ الموصِي ـ: أخذ الكلَّ بالألف، وإنْ قلنا: ابتداءُ تمليكٌ من الوارث ـ: فلا شفعةَ للشفيعِ في القَدْرِ الذي أجاز الوارث؛ لأنه ملكه بغَيْرِ عوضٍ، وكم يأخذ؟ فيه قولانِ على ما سنذكر في رَدِّ الوارث، وإذا رَدَّ الوارث الزيادَةَ، ففي كَمْ يصحُّ البيع؟ الصحيحُ من المذهب: أنا نضمُّ ثلث مالِهِ إلَىٰ قَدْرِ ما يقابل قيمة الثمن، فيصحّ في قدره البيعُ؛ فيكون البيع صحيحاً في خمسةِ أسداسِ الشِّقْصِ بجميع الثمن.

والثاني: يصحُّ البيع في ثلثه بثلث الثمن؛ لأنه لا يجوز أن يبطل البيع في شيء من الشقص إلاَّ ويسقط بإزائه من الثمن، فإذا رَدَدْنا البَيْعَ في الزيادة على الثلث ـ: هل تصحُّ في الباقي؟

ذكر صاحبُ «التلخيص» في الباقي قولَيْن؛ بناءً [على] تفريق الصفقةِ.

والمذهب: أن العقد يصحُّ في الباقي قَوْلاً واحداً، لأنَّ الوصيَّة تصحُّ على وجه لا تصحُّ المعاوضة به.

فإنْ قلنا: البَيْعُ في الكلِّ باطلٌ ـ: فلا شفعةَ، وإن قلْنا: يصحُّ في الباقي ـ: في خمسةِ أسداسِ الشقصِ بجميعِ الثمن أخذه الشفيع به وإنْ قلنا: يصح في الثلثَيْن بثلثَي الثمنِ ـ: أخذه الشفيعُ به على القولَيْن جميعاً [و] ثبت للمشتري الخيارُ؛ لأنَّه لم يسلَّم له جميع المبيع، فإذا فسخ البيع، ثم جاء الشفيع؟ فيه وجهان:

أحدهما: تبطلُ[1] شفعته.

(١) في ظ: بطلت.

والثاني: له فسخُهُ، وأخذه من البائع.

أما إذا جاءَ الشفيعُ قبلَ الفسخِ، فأراد الشفيعُ الأخذَ، وأراد المشتري الفَسْخَ ـ: فيه قولان:

أحدهما: ليس للمشتَرِي الرَّدُّ؛ لما فيه من إبطالِ حَقِّ الشفيع وقصده من الرَّدِّ الخلاصُ منه، وقد تخلَّص منه بأخْذِ الشفيع.

والثاني: للمشتري الرَّدُّ، وبَطَلتِ الشفعةُ؛ لأنَّ الشفيعَ يأخذ بعد استقرار العَقْد، وههنا: لم يستقرَّ العقْدُ إذا كان المشتري بفسخِهِ، هذا إذا كان المُشترِي والشفيعُ جميعاً أجنبيَّين.

أما إذا باع شِقْصاً يساوي ألفَيْن، بألفٍ، في مرضه، والمشتري وارثُهُ: فإن قلنا في المسألة الأولى: إنَّ البيعَ يصحُّ في خمسة أسداس الشقصِ بجميعِ الثمنِ ـ: فههنا: يصحُّ البيعُ في نصفه بجميع الثمن؛ لأن المحاباة مردودَةٌ مع الوارث، ويأخذ الشفيع به، وهذا هو الأصحُّ، وعلى القولِ الآخَرِ: البَيْعُ باطلٌ في الكلِّ؛ لأنه لا يجوز أنْ يبطل البيع في شيء إلاَّ ويسقطُ بقدره من الثمن، فما مِنْ جزءٍ يصحُّ فيه البيعُ إلاَّ ويكونُ بعضه محاباةً، والمحاباةُ مع الوارثِ مردودةٌ، فإن قلنا بالأول: إنَّه يصحُّ البيعُ في نصفه بجميعِ الثمنِ: فإن لم يأخذ الشفيعِ ـ: فللمشتري فَسْخُ البيعِ، وإنْ أراد الشفيعُ الأخْذَ، والمشتري الأخذ[1] ـ: فأيهما أولىٰ؟ فعلى القولين، فأما إذا كان الشفيعُ وارثاً للبائعِ، والمشترِي أجنبيٌّ ـ: ففيه خمسةُ أوجه:

أصحهما: يصحُّ البيع في الجميع، ويأخذ الشفيع بالألفِ؛ كما لو كان الشفيع أجنبيًّا؛ لأنَّ البائع حَابَىٰ مع المشتري، والمشترِي أجنبيٌّ منه، ثم الشفيعُ يتملَّك على المشتري، وهو أجنبيٌّ منه: فإن خَرَجَ من الثلث أخذ به الشفيع، وإنْ لم يخرُجْ، ولم يجز الوارثُ ـ: ففي كم تصحُّ؟ فعلى ما ذكرنا من القولين.

والوجه الثاني: إنْ ترك الشفيع الشفعة ـ: صحت المحاباةُ مع المشتري؛ كما في المسألة الأُولىٰ، وإن[2] لم يتركْ ـ: فهو كما لو كان المشتري وارثاً: يصحُّ البيعُ في نِصْفِ الشِّقْصِ بجميع الثمنِ، على أصحِّ القولين.

والوجْهُ الثالث: لا تجوزُ المحاباةُ بحالٍ؛ فلا يصحُّ الشراءُ إلاَّ في نصف[3] الشقْصِ بجميعِ الثمنِ؛ على أصحِّ القولين، وفي الباقي باطل.

---

(١) في أ: الفسخ.

(٢) في أ: وإذا.

(٣) سقط من ظ.

والوجْهُ الرابع: يصحُّ الشراءُ في الكلِّ، ثم الشفيعُ يأخذُ النصْفَ بجميعِ الثمنِ، ويبقى الباقي للمشترِي بلا عوضٍ؛ فتكونُ المحاباةُ للمشتري، وهو غيرُ وارثٍ.

والوجْهُ الخامسُ: يصحُّ البيع، ولا شفعة؛ لأنَّ في إثبات الشفعةِ إبطالَ البيع، وفي إبطالِ البَيْعِ إبطال الشفعة وما جر ثبوته إلى سقوط أسقط أصْلاً.

وفيه وجهٌ آخر: أنَّ البيع باطلٌ، لأنَّه لو صحَّ لثبتَت الشفعةُ، وكان[1] محاباةً مع الوارث.

فَصْلٌ [فيما لَوْ أَصْدَقَهَا شِقْصاً مَشْفُوعاً]

إذا أصْدَقَ امرأته شِقْصاً مشفوعاً، ثم طلَّقها الزَّوْج قبل الدخول، أو ارتدَّ ـ ونعُوذُ باللَّهِ ـ نظر: إن طلقها أو ارتَدَّ بعد أن أخذ الشفيع الشِّقْصَ ـ: رجعت الزوجة عليه بنصف قيمتِهِ، ولا حَقَّ له في الشقص، وإنْ طلَّقها قبل علم الشفيع ـ: أخذ نصفه، ثم إذا جاء الشفيعُ يأخذ النصْفَ الباقِي بِنِصْفَ مَهْرِ المثلِ ـ: فهَلْ له أن يأخذ النصْفَ الذي أخذ الزَّوجُ؟ فيه وجهان؛ بناءً على ما لو باع شِقْصاً بثوبٍ، ثم وجد بالثوب عَيْباً، وردَّهُ واستردَّ الشقص، ثم جاء الشفيع ـ: هل له أخْذُهُ من البائع؟ فيه وجهان.

وإن طلَّقها قبل أخذِ الشفيعِ، وقد جاء الشفيعُ ـ: فالشفيع يأخذ النِّصْفُ وفي النصْفِ الآخَرِ الزَّوْجُ أولَىٰ أو الشفيع؟

قال أبو إسحَاقَ: الزوجُ أولىٰ.

وقال ابنُ حدَّادٍ ـ فيما لو باع شِقْصاً، فأفلس المشتري بالثمن، فأراد البائع فَسْخَ البيعِ، وجاء الشفيعُ يُرِيدُ أخْذَهُ ـ: إنَّ الشفيع أولىٰ.

اختلف أصحابنا فيه؛ منهم مَنْ جعل فيها وجهين:

أحدهما: الزَّوْجُ والبائعُ أوْلىٰ؛ لأنَّ حقَّهما بسبب المِلْكِ السابق.

والثاني ـ وهو الأصح ـ: الشفيعُ أولىٰ؛ لأنَّ حقَّهُ يبطلُ، لو قدَّمنا الزوجَ والبائعَ، وإذا قدَّمنا الشفيعَ ـ: لا يبطلُ حقُّ الزوْجِ عن القيمة[2]، وحق البائع عن الثمن، وهَلْ هذان الوجهانِ مبنيَّان على ما لو باع الشفيعُ نصيبَهُ قَبْلَ أن يعلم ثبوت الشفعة له ـ: هل تَبْطُلُ شفعته؟ فيه قولان، ومِنْهُم مَنْ فرَّق بينهما، وقال: الزَّوْجُ أولَىٰ مِنَ الشفيع؛ لأنه ثبت له بالطلاق حقيقةُ الملكِ بالنصِّ، وهو قوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]،

---

(١) في أ: فكانت.

(٢) في أ: القسمة.

والشفيعُ يثبتُ له حقُّ التملُّك، فتقدّم حقيقة الملك علىٰ حَقِّ التملُّك، وفي الإفلاسِ: الشفيعُ والبائعُ لكلٍّ واحدٍ منهما حَقُّ التملُّك، وحَقُّ الشفيع أسبَقُ؛ لأنَّه ثبت بالبيع، وحَقُّ البائعِ ثبت بالإفلاسِ؛ فكان الأسبَقُ أوْلىٰ.

فإنْ قلنا: الشفيعُ أولى من الإفلاسِ ـ: يؤخَذُ الثمَنُ مِنه، ويكُونُ بين الغرماءِ.

وقال ابن سُرَيْجٍ: الشفيعُ أولىٰ أن يؤخذ[1] منه الثَّمَنُ، ويدفع إلى البائع؛ مراعاةً للحقَّيْن جميعاً؛ وعلىٰ هذا: لو وجد المشتري بالشقص عَيْباً، وأراد رَدَّهُ، وجاء الشفيعُ يريدُ أخذه، أو وجد بائع الشقْصِ بالثمن عَيْباً يريد فسْخَ البيعِ، والشفيعُ يريدُ أخْذَهُ، أيُّهما أولَىٰ ـ: فعلى قولَيْن؛ وكذلك: لو اشترى شِقْصاً بثوبٍ، فقبض الشقص قَبْلَ تسلم الثوب ـ: جاز للشفيع أخذه بالشفعة، فإن تلف الثوب في يد بائعه وقد أخذ الشفيع الشِّقْصِ؛ لا يبطل حق الشفيع؛ فعلى الشفيعِ قيمةُ الثوبِ للمشتري، وعلى المشتري قيمةُ الشقص للبائع.

ولو تَلِفَ الثوبُ قَبْلَ أخْذِ الشفيع ـ: فهل تبطُلُ الشفعةُ أمْ للشفيعِ أخذُهُ؟ فعلىٰ هذين الوجهين.

فَصْلٌ في شُفْعَةِ الصَّبِيِّ

إذا بِيعَ شِقْصٌ، وشفيعُهُ صبيٌّ؛ فإن كانت الغِبْطَةُ للصبيِّ في أخذه ـ: يجب علىٰ وليِّه أن يأخذه[2]، وإنْ لم يأخذ ـ: عَصَى، وإن عفا ـ: لا يصحُّ عفوه، فإذا بلغ الصبيُّ ـ: له أخذه، وإن لم يكنْ فيه غبطةٌ ـ: ليس له أخذه؛ فإنْ أخذه فباطل، وإذا بلغ الصَّبِيُّ ـ: فالمذهب: أن ليس له أن يأخذه؛ لأنَّ العقد لم يُثْبت الشُّفْعَةَ.

---

(١) في ظ: ويؤخذ.

(٢) وإذا ثبت للصبي أو المجنون شفعة، لم يخل حالهما من أقسام ثلاثة.

الأول: أن يكون في أخذها لهما حظ ومصلحة، فيجب على الولي الأخذ لهما، وقال ابن أبي ليلى: «لا يجوز للولي أن يأخذها» ذهاباً منه إلى أنها موقوفة على شهوات النفوس، ويرد عليه بأن الولي مندوب إلى فعل ما يعود بالمصلحة للمولى عليه في استيفاء حقوقه كالديون، والرد بالعيب، وعلى فرض أن الأخذ موقوف على شهوات النفوس، فليس فيه ما يوجب منع الولي، إذا كان فيه مصلحة كشراء الأملاك، فإنه موقوف على شهوات النفوس، وللولي أن يشتري له منها ما كان فيه حظ ومصلحة، فإذا تقرر هذا فللولي حالتان.

حالة أخذ، وحالة رد، فإن أخذ لزمت المولى عليه، وصارت ملكاً له، فلا يجوز له الردُّ إذا صار رشيداً، كما لا يرد ما اشتراه إذا كان فيه مصلحة، وإن عفا الولي عنها، ولم يأخذ، فللمولى عليه الأخذ، إذا بلغ رشيداً.

وقال أبو حنيفة: «قد بطلت شفعته برد الولي، وليس له أخذها إذا بلغ؛ لأن عفو من له الأخذ يبطلها =

وقيل: له أخذه.

ولو كان بين رجلَين دار فمات أحدُهُما عَنْ حمل في البطن، ثم باع الآخر نصيبه ـ: فلا شفعةَ للحَمْلِ؛ لأنه لا يتحقَّق وجودُهُ، وإن خرج حيًّا، بخلاف ما لو ثبتت الشفعةُ لرجُلٍ، فمات قبل الآخر عن حمل يخرج حيًّا ـ: له الشفعةُ؛ لأنَّ الشفعة تَثْبُتُ لحيٍّ حقيقةً؛ كالرَّدِّ بالعيب: يثبت للحَمْلِ بطريق الإرث.

ولو مات أحدُ الشريكَيْن عن امرأةٍ حامِلٍ، ثم باع الآخر نصيبه ـ: ثبتَتِ الشفعةُ للمرأةِ دُونَ الحَمْلِ.

ولو خرج حَيًّا ـ: ليس لوليِّه أن يأخذ شيئاً مِنَ المرأةِ.

= كالشريك». ويرد عليه: بأن عفو الولي عن الحقوق الفائتة مردود كالإبراء، والرد بالعيب، وإن كان من المالك نافذاً.

الثاني: ألاّ يكون للمولى عليه حظ في الأخذ بالشفعة، إمَّا لزيادة ثمن، وإمَّا لأن صرف ذلك في غيره من أموره أهم، فلا يجوز للولي أن يأخذها، كما لا يجوز له شراء ما لا حظ له في شرائه، فإن أخذها كان أخذه لها باطلاً، كما لو اشترى له ما لا حظ له في شرائه، ولا يصير الشقص للولي بخلاف الشراء، والفرق أن الولي لما جاز أن يشتري لنفسه ما اشترى لموليه، جاز أن يصير له الشراء عند بطلانه لموليه. ولمَّا لم يجز أن يأخذ بالشفعة لنفسه ما يأخذه لموليه، لم يجز أن تصير الشفعة لـه عنـد بطلانها لموليه، فإن ثبت بهذا أن الشفعة مردودة، وأن الولـي ممنوع من أخذها، فبلغ المولى عليه رشيداً وأراد الأخذ بالشفعة فهل له ذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن شفعته قد بطلت بترك وليه، وليس له الأخذ بعد رشده؛ لأنه لما قام أخذ الولي مقام أخذه، ولم يكن له الردّ، قام ردّ الولي مقام ردّه، ولم يكن له الأخذ كالردّ بالعيب طرداً، وكالقصاص عكساً، لمّا لم يكن للولي أخذه لم يؤثر فيه ردّه.

والوجه الثاني: أن شفعته باقية لا تبطل بترك الولي، وله الأخذ بعد رشده؛ لأن اعتبار الحظر في الأخذ بالشفعة إنما يكون فيمن أخذها لغيره كالولي، ولا يعتبر فيمن أخذها لنفسه، ألا ترى أن الشفيع لو أخذ لنفسه ما لا حظ فيه جاز، فلذلك منع الولي من أخذها عند عدم الحظّ، لأنه والٍ، ووجود الحظ معتبر في أخذه. وجاز للمولي عليه إذا بلغ رشيداً أن يأخذ بالشفعة مع عدم الحظ في الأخذ؛ لأنه مالك، ووجود الحظ غير معتبر في أخذه.

الثالث: أن يستوي حظ المولي عليه في الأخذ والترك، ففي أخذ الولي لها ثلاثة أوجه:

أحدها: يجوز له ما لم يظهر الحظ في الأخذ؛ لأن وجود الحظ معتبر فيه.

الثاني: يجب عليه أن يأخذ، لأن الأخذ بالشفعة واجب ما لم يظهر الضرر.

الثالث: أنه مخيّر بين الأخذ والترك؛ لاستواء الحالين.

فعلى هذا إن قلنا بوجوب أخذها عليه، أو أنه مخيّر فتركها، فللمولى عليه إذا بلغ رشيداً أن يأخذها، وإن قلنا بمنعه من الأخذ فهل للمولي أن يأخذها بعد رشده على ما ذكرنا من الوجهين؟

ينظر: نص كلام شيخنا أبو العينين محمد في الشفعة.

وإذا ثبتت الشفعة للحمل إرثاً ـ: فهل يجوزُ لأبيه أو لجدِّهِ أن يأخذه له قبْلَ خروجه؟ فيه وجهان:

قال ابن سُرَيج: لا يجوزُ؛ لأنَّه لا يدري وجودَهُ، ولو كان بَيْنَ المكاتب وسيِّدِهِ عَقَارٌ، فأيهما باع نصيبَهُ: تثبت للآخر الشفعةُ؛ كما لو كان بَيْنَ المكاتَبِ وأجنبيٍّ، وإذا دفع المكاتَبُ إلى مولاه شِقْصاً عَنْ نَجْمٍ عليه، ثم عَجَز، ورقَّ ـ: هل للشفيعِ شفعة في الشِّقْص؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا شُفْعَةَ له؛ لأنَّ ماله صار للمولَىٰ بالعجز؛ لِحَقِّ الملك، لا بالمعاوضة، ولا شفعةَ فيما مُلِكَ بغير معاوضة.

والثاني: ثَبَتَ؛ لأنَّ ملكه بِعِوَضٍ، وتثبُتُ فيه الشفعةُ؛ فلا تسقط بالفسخ بعده.

ولو كانَتْ ضيعةٌ، بعضُها مملوكٌ، وبعضها موقوف، فباع المالكُ نصيبَهُ ـ: لا تثبت الشفعةُ للموقوف عليه؛ لأن الموقوف عليه لا ملكَ له بل الملكُ في الوَقْفِ إلى الله تعالىٰ.

وإنْ قلنا: الملك في الوقفِ للواقفِ أو للموقوفِ علَيْهِ ـ: فلَيْسَ بحقيقةِ مِلْكٍ؛ بدليل أنه لا يملكُ التصرُّف فيه.

وقيل: تثبت الشفعةُ للموقوفِ عليه[1]؛ لأنه يلحقه الضَّرَرُ من جهةِ الشريك.

وأما إذا كان الشقص مِلْكاً للمسجد؛ بحيث يجوزُ للقَيِّم بيعُهُ ـ: ثبتت الشفعةُ لقيِّم المسجد يأخذه للمسْجِدِ، إن رَأَى المصلحة فيه، وإن باع هو نصيبَ المسجدِ ـ: فلشريكه الشفعة.

أما إذا كان بَيْنَ رجلَيْنِ أرْضٌ، فوقَفَ أحدهما نصيبَهُ ـ: لا شفعة للآخر؛ لأنَّه لم يصر[2] للغَيْر بعَقْد معاوضةٍ؛ كما لو وهب نصيبه ـ: لا شفعة للشريك.

وتثبتُ الشفعةُ للذِّمِّيِّ على المُسْلِم، وللمسلم على الذمي[3].

---

(١) في أ: فليس بحقيقة.

(٢) في ظ: يصبح.

(٣) يشترط في الشفيع وهو الآخذ بالشفعة، أن يكون شريكاً في رقبة العقار، وما يتبعه في البيع، لا إسلام فتثبت لذمي على مسلم، بأن كان الشريك القديم ذمّيًا والحادث مسلماً وبالعكس؛ لعموم الأحاديث الواردة في الشفعة، حيث لم تفرّق بين مسلم وذمي؛ ولأن ما جاز أن يملك به المسلم من المعاوضات جاز أن يملك به الذمي كالمبايعات؛ ولأن الحقوق الموضوعة لرفع الضرر في العقود يستوي فيها المسلم والذميّ، كالرد بالعيب.

وذهب أحمد بنِ حنبل ومن تبعه، إلى عدم ثبوت الشفعة للذمي على المسلم، استدلالاً بقوله تعالى: =

ولو باع ذِمِّيٌّ من ذميٍّ شِقْصاً بخمر، أو خنزيرٍ ـ: فلا شفعةَ له فيه، وإن[1] كان الشفيعُ ذِمِّيًا ـ: فحكَمَ حاكمهم بالشفعةِ، ثم أسلموا ـ: لا يتعرَّض لهم، وإن أسلموا، أو ترافعُوا إلينا قَبْلَ الأخذِ ـ: يجبُ على حاكمنا رَدُّهُ.

ولو بيع شِقْصٌ، فٱرتدَّ المشتري، ومات، أو قتل ـ: صار ماله فيئاً، وللشفيع أخْذُهُ من الإمام.

ولو ٱرتدَّ الشفيعُ، فماتَ أو قُتِلَ ـ: أخذه الإمامُ لبيت المالِ، وكذلك: لو ٱشترى شيئاً بشَرْطِ الخيارِ، أو به عَيْبٌ، فٱرتدَّ.

وقيل: للإمامِ فسخُهُ بالخيار والعَيْبِ.

ولو أوصى لرجُلٍ بِشقْصٍ، ثم باع الشريكُ الآخَرُ نصيبَهُ ـ: فالشفعة لمن تكون؟ نُظِرَ: إنْ باع قَبْلَ موتِ الموصِي ـ: فتثبت للموصِي، وإن لم يعلَمِ الموصِي حتَّىٰ مات، وقبِلَ الموصَىٰ له الوصيَّةَ ـ: فلا شفعة للموصَىٰ له، وهل تثبُتُ لوارِثِ الموصِي بحكْمِ الميراثِ عَنِ الميِّت؟ فيه وجهان؛ بناءً على ما لو باع الشَّفيع شركةً قبل العلْمِ بالشفعةِ، هل تسقط الشفعةُ؟ فيه قولان.

أما إذا باع الشَّريكُ نصيبَهُ بعد موتِ الموصِي، وبعد قبولِ المُوصَىٰ له، فتثبت الشفعةُ للموصَى له، وإنْ باع بعد موته قَبْلَ قَبُولِ المُوصىٰ له: فإن قلنا: يملكُ الموصَى له بالمَوْتِ، أو يكون مَوْقُوفاً: فإنْ قبل ـ: بَانَ أنه ملك بالموت، فإذا قبل ـ: فله الشفعة، وإنْ قلنا: يملك بالقبول ـ: فلا شفعة له، وهَلْ تثبت لورثة الموصِي؟ فعلى الوَجْهَين.

= ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾، ولأنه لمّا منعت دار الإسلام الذمّيَّ من إحياء الموات، فأولى أن يمنع الإسلام الذمّيَّ من الشفعة في الأملاك.

«والجواب» أما عن الآية، فهو أن هذا سبيل على مال المسلم، لا على المسلم، وأما عن القياس فبالفرق؛ لأن تفويت المنفعة على المسلمين بلا بدل ممتنع، والشفعة مأخوذة بالبدل.

ولو ترافع ذميّان بعد أخذ الشفعة، والثمن خمر أو خنزير لم ننقضها، أو قبله لم نثبتها، ولو كان الثمن مسلماً لا نثبتها مطلقاً، كما لو أصدق ذمي ذمية مسلماً، ثم ترافعا إلينا. ولو كان بين ذمي ومسلم دار مشتركة، فباع الذمي ما يخصه لذمي بخمر أو خنزير أو كلب، امتنع على المسلم الأخذ بالشفعة؛ لأنه يرى بطلان شراء الذمي بالخمر، فملك البائع باق لم يزل.

وقيل: تثبت للمسلم، فيأخذ ببدل ما ذكر بتقدير كونه مالاً عندنا، بأن يقدر الخمر خلاً، والخنزير بقرة أو شاةً.

وقيل: يأخذ بقيمة الشقص، لتعذر الأخذ بما ذكر.

ينظر: نص كلام شيخنا أبو العينين محمد في الشفعة.

(١) في ظ: فإن.

وإنِ[1] اشْتَرى القَيِّمُ للطِّفْلِ شِقْصاً، ولِلْقَيِّمِ فيه شِرْكٌ ـ: يجوز له أنْ يأخذه بالشفعة؛ وكذلك: لو كان بَيْنَ رجلَيْن دارٌ، فوكل رجلٌ أحدهما؛ ليشتري له نصيبَ شريكه، فاشترى ـ: تثبت للوكيلِ الشفعةُ؛ وكذلك: لو ضمن الشفيعُ العهدةَ للمشتري، أو باع بشَرْطِ الخيار، وجعل الخيار إلى الشفيع، فأجاز ـ: لا تبطُلُ به شفعته.

أما إذا باع الوصيُّ والقَيِّمُ شِقْصاً للصبيِّ، وللقيمِ فيه شركٌ ـ: هل تثبت الشفعة له؟ فيه وجهان؛ وكذلك: لو وكل أحَدُ الشريكَيْن صاحبَهُ ببيع نصيبه، فباعه ـ: هل تَثْبُتُ للوكيل الشفعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: تَثْبُتُ؛ كما تثبتُ للوكيلِ بالشراء.

والثاني ـ وهو الأصح، وبه قال ابن حدَّاد ـ: لا تثبُتُ لا للقيمِ ولا للوكيلِ بالبيعِ؛ لأنه ربَّما يُحابي ويترك نَظَرَ الصبيِّ والموكِّل؛ ليأخذه بالشفعة؛ كما لا يجوزُ للوكيلِ أنْ يبيعَ مِنْ نفسه، حتَّىٰ لو وكَّله ببيعِ نصفِ نصيبِهِ، فباع الوكيلُ نِصْفَ نصيبِ الموكِّل، مع نصْفِ نصيبِ نفسه ـ: فللموكِّل أخْذُ نِصْفِ نصيبِ الوكيلِ، ولم[2] يكن للوكيلِ أخْذُ نصْفِ نصيبِ الموكِّلِ؛ على الأصح.

ولو مات رجُلٌ، وخلَّفَ شِقْصاً مِنْ دارٍ[3] دُيُوناً تستغرقُ التركة، وقبل[4] بيْع الشقص في الدَّيْن ـ: باع الشريكُ الآخَرُ نصيبه ـ: يَثبت للوارث الشفعة؛ لأن الشقص المتْرُوكَ مِلْكُهُ قَبْلَ أنْ يباعَ في الدَّيْنِ؛ بدليلِ أنه يجوزُ له إمساكُهُ وأداءُ الدَّيْنِ مِنْ موضع آخَرَ.

ولو مات، وخلف داراً ودُيُوناً تحيط ببعضها، فبيع بعض الدار في الدَّيْن ـ: فلا شُفْعَةَ للوارث؛ لأجل حقِّهم في الباقي؛ لأن الدار نفع على ملكهم؛ وكذلك: لو بِيعَ بعضُهُ في وصايا الميِّت ـ: فلا شفعةَ لورثته بما بَقِيَ لَهُمْ.

ولو كَانَتِ الدارُ بينهم وبَيْنَ أبيهم، ثم مات الأبُ، فبيع نصيبُهُ في دَيْنه، أو في وصايَاهُ ـ: هَلْ لهم أَخْذُهُ بالشفعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لَيْسَ لهم ذلك؛ لأنَّ جميعَ الدارِ صارَ لهم ملكاً بالمَوْتِ، فبيع بعضها علىٰ ملكهم؛ كما في الصُّورة الأولىٰ.

والثاني ـ وبه قال أحمد[5] بن حَدَّادٍ ـ: لهم أَخْذُهُ بالشفعة؛ لأجل ملكهم فيها؛ لأنَّ

---

(١) في أ: وإذا.
(٢) في أ: وإن لم.
(٣) في أ: أو.
(٤) في ظ: فقبل.
(٥) سقط من ظ.

ما يباع في الدَّيْن: ففي الحُكْم كالباقي علىٰ ملك الميت.

ولو باعه الأبُ في حياته في دَيْنِهِ ـ: كان لهم الشفعةُ، كذلك: إذا بِيعَ بعد موته في حاجته.

ولو كانَتْ دارٌ بَيْنَ ثلاثةٍ، فباع واحدٌ منهم نصيبَهُ مِنْ أحد شريكيه ـ: ثبتت الشفعةُ للشريكِ الثالثِ، وهلْ تثبُتُ للمشتري أم لا؟ الصحيحُ مِنَ المَذْهَبِ ـ وهو قولُ المُزَنِيِّ ـ: أنه تثبُتُ؛ لأنَّه أحد الشريكَيْنِ؛ فتكون بينهما نصفان.

وقال ابن سُرَيْج: لا شفعَةَ للمشتري؛ لأنَّ الإنسانَ لا تثبُتُ له الشفعةُ علَىٰ مِلْكِ نفسه، بل للشَّريك، إن شاء أخذ الكل، وإن شاء ترك الكل.

والأوَّل أصحُّ، وليس للمشتري أنْ يَقُولَ للشَّريكِ الثالثِ: إما أنْ تَأْخُذَ الكُلَّ أو تَدَعَ الكُلَّ؛ لأنَّه يقولُ له: تملُّكُك بالشراءِ أقوىٰ من تملُّكِكَ بالشفعةِ، ولو ثَبَتَ لك حقُّ الشفعة مَعِي ـ: لم يكُنْ لك إلزامي أخْذَ نصيبك، فإذا تملَّكْتَ بالشراء أولَىٰ؛ فالمشتري إذا ترك حقَّهُ؛ لا يجبر الشريك على أخذ نصيبه، وإذا ترك الشريكُ الثالثُ شفعتَهُ ـ: لزم المشتري؛ لأنَّه اختار تملُّكه بالشراء.

وعلىٰ هذا: دارٌ بين رجلَيْنِ باع أحدُهُما نصْفَ نصيبه مِنْ رجُلٍ، ثم باع النصْفَ الثانِيَ قَبْلَ عَلْمِ الشفيعِ ـ لا يخلو: إمَّا إنْ باع النصْفَ الثاني من غيرِ المشتري الأوَّلِ، أو باعه مِنْهُ، فإن باعه من غَيْرِ الأوَّلِ: فإذا جاء الشفيعُ ـ: له أخْذُ النصفِ الأوَّل، فإذا أخذه، ثم أراد أَخْذَ النصفِ الثاني ـ: هل يكونُ المشتري الأوَّلُ معه شريكاً فيه؟ فعلىٰ وجهين:

أحدهما: لا؛ لارتفاعِ شركه.

والثاني: بلَىٰ؛ لأنَّه كان شريكاً فيه حالَةَ بَيْعِ نصفِ الثاني، أما إذا عفا الشفيعُ عن النصْفِ الأوَّل، وأراد أخْذَ النصفِ الثَّاني ـ: فالمشتري الأوَّلُ يكون شريكاً مَعَهُ فيه.

أمَّا إذا باع النِّصْفَ الثانِيَ من المشتري الأوَّل، ثم جاء الشفيع ـ: فعلى قولِ ابْنِ سُرَيْج: لا شفعة للمشتري، سواءٌ عفا عن النصفِ الأوَّل أو لم يَعْفُ؛ فالشفيع بالخيارِ، إن شاء أخذ الكلَّ، وإن شاء عفا عن أحدهما وأخذ الآخر.

وعند المزنيِّ ـ وهو الأصحُّ ـ: حكْمُهُ حكْمُ ما لو باع من أجنبيٍّ، فإن عفا الشفيعُ عن النصفِ الأوَّلِ ـ: كان المشتري شريكاً معه في النصْفِ الثانِي، وإن لم يَعْفُ، وأخَذَ النصْف الأوَّل، هل يشاركُهُ المشتري في النصْفِ الثانِي ـ: فعلى وجهين؛ كما لو كان المشتري الثاني غَيْرَ الأوَّل.

فَصْلٌ في الاخْتِلَافِ

وإذا اختلف الشفيعُ والمشترِي، فقال المشتري: اْشتريْتُ الشقْصَ بألفٍ، وقال الشفيعُ: بل بخمسمائةٍ ـ: فالقولُ قولُ المشتري مع يمينه؛ لأنَّ الشِّقْصَ ملكه، وهو أعْرَفُ به، وكذلك ـ: لو اْشترى الشِّقْصَ بعَرْضٍ، وتَلِفَ العَرْضُ، واْختلفا في قيمته ـ: فالقولُ قولُ المشتري مع يمينه، فإذا حلف: فالشفيع، إنْ شاء أخذه بما حلف عليه المشتري، وإن شاء تركَهُ، وإن نكَل المشتَري حَلَف الشفيعُ وأخذ بخمسمائة.

ولو أقام أحدُهُما بيِّنَةً ـ: قُضِيَ له بها، ولو شهد البائعُ لواحدٍ منهما ـ نُظِرَ: إن شهد للمشتري ـ: لا يُقْبَل؛ لأنَّ المشتري ـ وإن كان مقرًّا له بتلك الزيادة ـ فهو يثبتُ المالَ لنفسه، وإن شهد للشفيع: يقبلُ؛ لأنه يبخس بحقِّهِ.

وقيلَ: إنْ شهد قَبْلَ قبض الثمنِ ـ: يُقبَلُ، وإن شهد بعده ـ: لا يُقْبَلُ؛ لأنَّه متَّهمٌ من حيثُ إنه لو خرج مستَحقًّا لا يرجعُ عليه إلاَّ بخمسمائة، والأوَّل أصحُّ، وتهمة الاستحقاقِ تهمَةٌ موهومة؛ ضعيفةٌ لا تمنع الشهادة.

ولو وقع الاختلافُ بيْن البائعِ والمشترِي، فقال البائعُ: بِعْتُهُ بألفٍ، وقال المشتري: بل بخمسمائةٍ ـ: تحالفا، ويفسخ العقد بينهما، ثم إنْ كان تحالفهما بعْدَ أَخْذِ الشفيعِ الشقصَ ـ: صحَّ أخْذُهُ بالثمن الذي أقَرَّ به المشتري، ويأخذ البائع من المشتري قيمةَ الشِّقص، وإنْ كان قَبْلَ أخذ الشفيع ـ: فهل للشفيع أخذه؟ فيه وجهان كما لَوْ أنَّ رَجُلَيْنِ اْشترياه بعقْدَيْن، يدَّعي كُلُّ واحدٍ على صاحبِهِ أنِّي اْشتريْتُ نصيبي قَبْلَكَ، وأنْتَ اشتريْتَ بعدِي، ولي عليْكَ الشفعَةَ ـ: يحلفُ كلُّ واحدٍ منهما علىٰ نَفْيِ ما يدَّعيه صاحبُهُ؛ فإن حلفا أو نَكَلا ـ: فلا شفعة لأحدِهِما على الآخر، وإنْ حَلَفَ أحَدُهما، ونكل الآخر ـ: قُضِيَ للحالف بالشُّفعة على الآخر.

بيانُهُ: سبق أحدُهُما وادَّعَىٰ، فحلف المدَّعىٰ عليه ـ: استقرَّ ملكه، وإن نَكَلَ الأوَّلَ، وحلف المدَّعِي ـ: اْستحقَّ ما في يَدِ صاحبه، وإذا أرادَ الناكلُ أَنْ يَدَّعِيَ بعده على الآخر ـ: لم يُسْمَعْ؛ لأنَّه لم يبق له ملك يستحقُّ به الشفعة.

ولو أقامَ أحدُهُما البيِّنَةَ ـ: قضى له.

ولو أقاما بينتين ـ نُظِرَ: إن كانتا مؤرَّخَتَيْنِ بتاريخَيْنِ مختلفَيْن ـ: قضى للسابق وإن كانتا مطلَقَتَيْنِ، أو مؤرَّخَتَيْنِ بتاريخٍ واحدٍ ـ: فقد تعارضَتَا: إن قلْنَا: يسقطان ـ: فيصار إلى الثمن، وإن قلنا: يستعملان ـ: فلا يأتي قولُ الوَقْفِ ولا قَوْلُ القِسْمة؛ لأنَّ الدار في أيديهما، ويُقْرَعُ بينهما؛ فَمَنْ خرجت له القرعَةُ ـ: يقضي له.

ولو كانَتْ دَارٌ بين أربعةِ نفرٍ، فباع واحدٌ منهم نصيبَهُ ـ: ثبتت الشفعةُ للشركاءِ الثلاثة.

فلو شهد اثنانِ مِنْهُمْ أنَّ الشريكَ الثالثَ قد عفا عن الشُّفْعَة ـ: هل يسمع؟ نُظِرَ: إن شهدا بعد عفوِهِمَا ـ: تُقْبَلُ شَهَادتهما؛ لأنَّهما لا يَجُرَّانِ نفعاً إِلَىٰ أنفسهما، وإن شهدا قبل العفوِ ـ: لا تقبل شهادتهما؛ لأنَّهما يجران نفعاً إِلَىٰ أنفسهما، وهو أنه يسلم لهما جميع الشقص، وإنْ شهدا بعد عَفْوِ أحدِهِمَا ـ: قُبِلَتْ شهادةُ العافِي، ولا تقبَلُ شهادَةُ الآخر، فيحلفُ المشتري مع الشاهِدِ الواحِدِ، ويثبت العفو.

ولو شَهِدَا قَبْلَ العَفْو، فردَّت شهادتهما، ثم أعادا بَعْدَ العفو ـ: لا يقبل؛ كالفاسِقِ يعيدُ الشهادَةَ بَعْدَ التوبة: لا يقبل، والله أعلم.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الْقِرَاضِ[1]

رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أَنَّهُ: «دَفَعَ مَالاً قِرَاضاً عَلَى النِّصْفِ»[2].

القِراضُ: أَنْ يدفع شيئاً مِنْ أحد النقدَيْن إلى إِنْسانٍ؛ ليتصرَّف فيه علَىٰ أنَّ ما يرزق الله تعالَىٰ مِنَ الرِّبْحِ يكُونُ بينهما علَىٰ ما يتشارَطَانِ.

وذلك جائزٌ بالاتفاق.

ويجوزُ بِلَفْظِ «القِرَاضِ»، وهو لفظٌ موضوعٌ له في لُغَةِ أَهْلِ الْحِجَازِ، وبِلَفْظِ

---

(١) القراض لغة: مصدر قرض الشيء يقرضه بكسر الراء: إذا قطعه، والقراض: اسم مصدر بمعنى الإقراض. وقال الجوهري: القرض: ما تعطيه من المال لتقضاه، والقرض بالكسر: لغة فيه. حكاها الكسائي. وقال الواحدي: القرض: اسم لكل ما يلتمس منه الجزاء، يقال: أقرض فلان فلاناً: إذا أعطاه ما يتجازاه منه، والاسم منه: القرض، وهو : ما أعطيته لتكافىء عليه. ينظر: لسان العرب: ٥/٣٥٨٨، المصباح المنير: ٢/٤٩٧.

واصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: ـ هو المضاربة عندهم ـ عقد شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب.

عرفه الشافعية بأنه: أن يدفع إليه مالاً ليتجر فيه والربح مشترك.

عرفه المالكية بأنه: توكيل على تجرٍ في نقدٍ مضروبٍ مُسَلمٍ بجزء من ربحه.

عرفه الحنابلة بأنه: دفع مال معلوم أو ما في معناه لمن يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه.

ينظر: حاشية الدسوقي: ٣/٥١٧، شرح فتح القدير: ٨/٤٤٥، مغني المحتاج: ٢/٣٠٩ ـ ٣١٠، مطالب أولى النهى: ٣/٥١٣ ـ ٥١٤. مجمع الأنهر ٢/٣٢١، كشاف القناع ٣/٥٠٧، الفواكه الدواني ٢/١٧٤ ـ ١٧٥.

(٢) أخرجه مالك (٢/٦٨٧ ـ ٦٨٨) كتاب القراض باب ما جاء في القراض، حديث (١) عن زيد بن أسلم عن أبيه.

«المُضَارَبَةِ» وهي لغةُ أَهْلِ العراقِ، وبكلٍّ لفظٍ يدلُّ على معناه.

ولا يجوزُ إلاَّ علَى الدرَاهِمِ والدنانيرِ؛ لأنَّهُمَا ثمنانِ للأشياءِ في كُلِّ مكانٍ وزمانٍ، وقَلَّ ما يختلفان، ولأنَّ موضوعَ القراضِ عَلَىٰ أنْ يَرُدَّ العاملُ رأسَ المالِ، ويشتركانِ في الرِّبْحِ؛ فلا يأخذ العاملُ شيئاً من رأسِ المالِ، ولا يستبدُّ أحدُهُمَا بالربح.

وإذا عُقِدَ علَىٰ عَرَضٍ[1] ـ فلا يخلو عن أحد هذين.

بيانه: إذا دفع إليه عَرَضاً قيمَتُهُ دينار، فتصرَّف فيه، وربح عليه عشرةً، وآرتفعَتْ قيمةُ العَرَض، فبلغت عشرةً ـ: يحتاج العامِلُ إلَىٰ أن يصرفَ جميعَ الربح في تحصيلِ رأسِ المالِ؛ فيأخذ المالكُ جميعَ الرِّبْحِ، وفيه إضرارٌ بالعامل.

وإنْ كانَتْ قيمةُ العَرْضِ عَشَرَةً، فأنتقصَتْ قيمته بحيث يوجَدُ مثلُهُ بشَيءٍ يسيرٍ، فيشتريه ويردُّه، ويشاركُ رَبُّ المال في الباقي، فيأخذ العاملُ بَعْضَ رأسِ المالِ، وفيه إضرارٌ بربِّ المال، وهذا لا يُوجَدُ في الأثمانِ؛ لأنَّها لا تقوَّم بغيرها.

ولا يجوز على التِّبْرِ والحُلِيِّ ولا السَّبَائِكِ ولا الفُلُوس ولا على الدراهمِ والدنانيرِ المغْشُوشَةِ؛ لأنها نَقْدٌ وعَرَضٌ؛ فتزيد قيمتها: وتنقص فهي كالسِّلعة.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: يجوزُ على النَّقْدِ المغشوشِ في كُلِّ بلدٍ جَرَتِ المعاملةُ بها.

ويشترطُ أَنْ يكون رأسُ المالِ معلومَ الوصْفِ والوزنِ؛ فإن كان جُزَافاً ـ: لم يجُزْ؛ بخلاف رَأْسِ مالِ السَّلَمِ: يجوزُ أن يكونَ جُزَافاً؛ على أَحَدِ القولَيْنِ؛ لأنَّه لا يعقد للفَسْخِ؛ وعقدُ القِرَاضِ يُعْقَدُ للفسخِ والتمييزِ بين رأسِ المالِ والرِّبْحِ، وإن كان جُزَافاً: لا يمكن التمييز.

وكذلك: لو جعل رأس مال القراض سُكْنَىٰ دارٍ ـ: لم يجُزْ، بخلافِ السَّلَمِ؛ لأنَّ تعيين رَأْسِ مالِ القراضِ شَرْطٌ، ولم يوجَدْ، وفي السَّلَمِ: تسليمُ رَأْسِ المالِ شرْطٌ، وتسليمُ الدَّار كتسليمِ السُّكْنَىٰ.

ولو قارَضَهُ علَىٰ دراهمَ في الذِّمَّة، ثم عيَّن في المجلس ـ: لم يجُزْ؛ بخلاف السَّلَم.

ولو دفع إليه كِيسَيْنِ في كُلِّ واحدٍ منهما ألفُ درهمٍ، فقال: قارَضْتُكَ علَىٰ أحدهما، وأودعتُكَ الآخَرَ ـ فيه وجهان:

---

(١) عوض.

أحدهما: لا يصحُّ؛ لأنَّه لم يبيِّنْ مالَ القراضِ.

والثاني: يصحُّ؛ لأنَّهما متساويانِ، فيصرفه في أيِّهما شاء.

وكذلكَ: لو دفع إليه ثوباً فقال: بعتُكَ وقارضْتُكَ علَىٰ ثمنه ـ لم يَجُزْ؛ لأنه مَجْهُولٌ.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ يَجُوزُ.

وكذلك: لو قالَ: قارضْتُكَ الألْفَ الَّتي عليك، أوْ قَالَ: اعْزِلْهَا، فلَمَّا عَزَلَهَا، فَقَبْلَ أن يُقْبِضَهُ قال: قارَضْتُكَ علَيْهَا، أو قال: قَارضْتُكَ على الألْفِ التي لِي عَلَىٰ فُلَانٍ، فاذْهَبْ واقْبِضْ ـ: لم يَجُزْ، فإذا قبض مِنْ فلانٍ، وتصرَّف فيه ـ: فالربحُ والخُسْرَان لِرَبِّ المالِ، وللعاملِ أجْرُ المثل، ثم إنْ[1] قال: قارضْتُكَ عليه؛ لتقبض وتتصرَّف[2] ـ: فله أَجْرُ مِثْلِ التقاضِي والقَبْضِ والتصرُّفِ.

وإنْ قال: إذا قبضْتَ فقد قارضتُكَ ـ: فليس له إلا أجْرُ مثْلِ التصرُّفِ، وما أخذ من فلانٍ يكونُ أمانةً عنده.

أما إذا قارضَهُ الدَّيْنَ الذي عليه، فعزله، وتصرَّفَ فيه ـ نُظِرَ: إن اشترى بعينه ـ: فالربحُ والخُسْرَانُ للعاملِ، ونيَّتُهُ أن يشتري للغَيْرِ ـ: لا تصحُّ؛ لأنَّه اشْتَرَىٰ بعَيْنِ مالِ نفسِهِ، وإن اشتَرَىٰ في الذِّمَّةِ، ثم نقد فيه ما عَزَلَهُ لربِّ الدَّين[3] ـ: فيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: يَقَعُ لِلْعامِلِ؛ لأنَّه لا حقَّ فيه لربِّ المال قبل القبْضِ.

والثاني ـ وهو الأصح ـ: يقع لربِّ المال؛ فالربحُ والخسرانُ لَهُ، وعليه للعامل أجْرُ المثلِ؛ لأنه اشترىٰ له بإذنه.

ولو قال: قارضتُكَ الدراهمَ الَّتي هي عندك وديعةً، أو عنْدَ فلانٍ وديعةً، فاذْهَبْ، وخذ، فأخذ ـ: صَحَّ.

ولو قَارَضَهُ علىٰ الدَّرَاهِمِ الَّتي هي عنده مغصُوبَة ـ: فيه وجهان:

أَحدُهُما: يصحُّ؛ كالوديعة.

والثاني: لا يصحُّ؛ لأنَّه مقبوضٌ قَبْضَ ضمان، والقِرَاضُ ضده.

وإذا قال: قارضتُكَ علَىٰ كذا ـ: يشترط القبول، ولو قال: خُذْ هذا، وتصرَّفْ على أنَّ الربح بيننا نصفان ـ: فهو قراضٌ، ولا يحتاجُ إلى القبولِ.

ويجب أن يبيِّن في القراضِ نصيبَ العَامِلِ مِنَ الرِّبْحِ؛ فإنْ قارضه مطلقاً، ولم يتعرَّض

---

(١) في ظ: فإن.

(٢) في ظ: فتقبض وتتصرف.

(٣) في د: المال.

للربحِ، أو قارضَهُ على أنْ يكُونَ له شَيءٌ مِنَ الربح ـ: لم يصحَّ.

ويصحُّ تصرُّف العاملِ فيه؛ لوجود الإذْنِ، والرِّبْحُ والخسرانُ لِرَبِّ المالِ، وعلَيْهِ للعاملِ أَجْرُ مِثْلِ العملِ، رَبِحَ أو لم يربَحْ.

ولو قال: قارضتُكَ علَىٰ أنَّ الربحَ بيننا نصفان ـ: صَحَّ، وإنْ قال: «بَيْنَنَا» ولم يَقُلْ: «نصفان» ـ: فيه وجهان:

أحدهما: يصحُّ؛ ويكون مناصفةً.

والأَصَحُّ: أنَّه لا يَصِحُّ؛ لأنَّه لم يبينْ ما يكون لكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

ولو قال: قَارَضْتُكَ علَىٰ أنَّ لَكَ نِصْفَ الرِّبْح، ولم يتعرَّضْ للباقي ـ: صحَّ، ويكون الباقي لِرَبِّ المال، ولو قال: على أنَّ نصفَ الربحِ، ولم يتعرَّضْ للباقي ـ: ففيه وجهان:

أحدُهُما ـ قالَهُ ابْنُ سُرَيْجٍ ـ: يصحُّ، ويكون للعامل كما في الصورة الأولى.

والثاني ـ قاله المزنيُّ، وهو الأَصَحُّ ـ: لا يصِحُّ؛ بخلاف الصُّورةِ الأولَى، إذا قال: علَىٰ أنَّ لك نِصْفَ الربحِ ـ: صحَّ؛ لأنَّ عند الإطلاق: جَمِيعَ الرِّبْحِ يكونُ لربِّ المال، فإذ شرط النصْفَ للعامل ـ: بقي الباقي لربِّ المالِ، وإذا أضاف البَعْضَ إلى نفسه ـ: لا يدلُّ علَىٰ أنَّ الباقي يكونُ للعامل.

ولو قَالَ: قارضْتُكَ علَىٰ أنَّ لك مِنَ الرِّبْحِ ما شرط فلانٌ لفلانٍ ـ نُظِرَ: إن كانا عالمَيْنِ بما شرط فلانٌ لفلانٍ ـ: صَحَّ على ذلك، وإنْ كانا جاهلَيْن به أو أحدهما ـ: لا يصحُّ؛ كما لو قال: بِعْتُكَ هذا الثوبَ بما باع فلانٌ ثوبَهُ، فإن كانا عالِمَيْنِ به، جاز، وإن جَهل أحدُهُما ـ: لم يجز.

ولو قال: قارضْتُكَ علَىٰ أنَّ لك ثُلُثَ الربحِ، وأنَّ الباقِيَ ثلثاه لَكَ، وثلثُهُ لي ـ: صَحَّ الربْحُ.

ولو قال: قارضْتُكَ علىٰ أن لك رِبْحَ نِصْفِ المالِ.

قال أَبُو ثَوْرٍ: يجوزُ كما لو قَالَ: لَكَ نِصْفُ ربْح المالِ.

والمذهَبُ أنَّه لا يجوزُ؛ لأنَّه جعلَهُ شَرِيكاً في ربْحِ بَعْضِ المالِ؛ كما لو دَفَعَ إِلَيْهِ كِيسَيْنِ؛ ليتصرَّف فيهما؛ علَىٰ أنَّ له رِبْحَ ما في أَحَدِ الكِيسَيْنِ، أو دفع إليه أَلْفَيْنِ على أنَّ له رِبْحَ أَحَدِ الألفَيْنِ ـ: لا يصحُّ [كما][1] لو أعطى إِلَيْهِ أَلْفاً؛ علَىٰ أنْ يكونَ له رِبْحُهَا على أَنْ يتصرَّف له فِي أَلْفٍ أخرَىٰ ـ: لا يصحُّ.

---

(١) سقط من ظ

ولو قَالَ: قارضْتُكَ علَىٰ أنَّ جميعَ الربْحِ لي ـ: ففيه وجهان:

أصحُّهما ـ قِرَاضٌ فاسدٌ، مراعاةً[1] لِلَّفْظِ؛ فعلَىٰ هذا: يكونُ الربْحُ والخُسْرَانُ لربِّ المالِ، وهلْ يستحقُّ العاملُ أَجْرَ المثْلِ؟ فيه وجهان:

أحدُهما: بَلَىٰ؛ لأنَّ عمل العاملِ في القراضِ لا يخلُو عن عِوَضٍ.

والثاني: لا، وهُوَ قول المزنيِّ؛ لأنَّه عمل مجَّاناً.

والوجْهُ الثاني: لا يكونُ هذا قراضاً؛ بل هو بضاعَةٌ لربِّ المال؛ فيكونُ الربْحُ والخُسْرَانُ لربِّ المال، ولا شَيءَ للعامِلِ، فلو قَالَ: عَلَىٰ أنَّ جميعَ الربْحِ لك ـ: ففيه وجْهَانِ:

أحدهما: قراضٌ فاسدٌ؛ مراعاةً لِلَّفْظِ، وللعاملِ أجْرُ المثْلِ إِذَا عَمِلَ، والرِّبْحُ والخُسْرَانُ لربِّ المالِ.

والثاني ـ وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ ـ رحمة الله عليه ـ: هو قرضٌ صحيحٌ؛ مراعاةً للمعنىٰ؛ بخلاف المساقاةِ، إذا قال للعامل: عَلَىٰ أنَّ جميع التَّمَرِ لك ـ: لم يصحَّ وجهاً واحداً؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ أَنْ يجعل قَرْضاً.

ولو قال: أبْضعْتُكَ هذه الألفَ علَىٰ أَنَّ الرِّبْح لك، فإنْ راعينا اللفْظَ، فهو بضاعة؛ فالربح لربِّ المالِ، وللعاملِ أجْرُ المثل؛ لأنَّ رَبَّ المال جَعَلَ له شيئاً بإزاء عمله، وإن راعينا المعْنَىٰ ـ: فهو قَرْضٌ صحيحٌ.

ولو قال: أبْضعْتُكَ عَلَىٰ أَنَّ نِصْفَ الرِّبْحِ لَكَ ـ: فَوَجْهَانِ:

أحدهما: بِضَاعةٌ، والربحُ لربِّ المالِ، وللعاملِ أجْرُ المثل.

والثاني: قِراضٌ صحيحٌ؛ مراعاة للمعنىٰ.

ولو قال: خُذْ هذه الألْفَ، وتصرَّفْ فيها، أو اشْترِ بها شيئاً؛ علَىٰ أنَّ الربح لك ـ: فهو قِرَاضٌ صحيحٌ، وكانَ شيخي[2] ـ رحمه الله ـ: يقولُ: ليْسَ هذا بِقِرَاضٍ؛ لأنه لم يُمْلِكْهُ المال، والربحُ والخسرانُ لربِّ المال، وللعامل أجْرُ المثل.

ولو قال: تصرَّفْ فيها، والرِّبْحُ كلُّه لي ـ: فهو بضاعة.

وأَصْلُ هذه المسائلِ: إذا قال: بعتُكَ هذا بلا ثمنٍ، أو قال: بعتُكَ، ولم يَقُلْ: بكذا ـ: فهل هو بيعٌ فاسدٌ أو هبةٌ صحيحةٌ؟ فيه وجهان.

---

(١) في د: من إعارة.

(٢) في ظ: وكان القاضي الإمام.

ولو قَالَ: قَارَضْتُكَ علَىٰ أنَّ لكَ دِرْهَماً مِنَ الرِّبْحِ، والباقِي بيننا نِصْفَانِ، أو قال: عَلَىٰ أنَّ لي درهماً من الربح، والباقِي بينَنَا نصفانِ، أو قال: علَىٰ أنَّ لي درهماً من الربح، والباقِي بينَنَا نصفانِ ـ: لا يصحُّ؛ لأنَّه ربَّما لا يربحُ أَكْثَرَ مِنْ درهمٍ، أما إذا قالَ: علَىٰ أنَّ لَكَ سدُسَ الربحِ، أو قال: لِي سدُس الربحِ، والبَاقِي بينَنَا نصفان ـ: يصحُّ؛ كما لو قال: بعتُكَ سُدُسَ هذه الصُّبْرَةِ، ونِصْفَ الباقِي بكَذَا ـ: جاز، بخلاف ما لو قال: صاعاً مِنْ هذه الصُّبْرَةِ، ونصْفَ الباقِي ـ: لا يصحُّ؛ لأجل الجهالة.

ولا يجوزُ أن يجعلَ حَقّ أحدِهما في عَبْدٍ يشتريه بأنْ شَرَطَ أنَّه إنِ اشترَىٰ عبداً ـ أخذه برأس المال، أو أخذه العاملُ بحقِّه ـ: لم يَصِحَّ؛ لأنَّه قد لا يكونُ في المالِ فائدةٌ إلاَّ العَبْد.

ولو قَالَ: قَارَضْتُكَ علَىٰ أنَّ ثُلُثَ الربْحِ لك، وثلثَهُ لِي وثلثَهُ لعبْدِي، أو لِمُدَبَّرِي، أو لأمِّ ولدي ـ: جاز؛ فكأنه شرط لنَفْسِهِ الثلثين؛ لأنَّ ما أضاف إلَىٰ عبْدِهِ: يكُونُ له؛ لأنَّ العَبْدَ لا يَمْلِكُ؛ وكذلك: لو شرط لعبد العامِلِ: جاز، وهو للعامل.

ولو قال: ثلثُهُ لكَ، وثلثُهُ لي، وثلثُهُ لزوْجَتِي، أو لمكاتَبِي، أو لابْنِي ـ: لا يصحُّ؛ لأنَّه شرط الرِّبْح لغيرِ المَالكِ والعامل؛ كما لَوْ شَرَطَ لأجْنَبِيٍّ؛ فلو شَرَطَ على المُكَاتَبِ، أو على الابْنِ عَمَلاً، وشَرَطَ لَهُمْ شيئاً مِنَ الربحِ ـ: صار وكَأنَّهُ قَارَضَ رَجُلَيْنِ.

ولو[1] قال: نِصْفُ الربح لَكَ، ونصفُهُ لي ومِنْ نصيبي نِصْفُهُ لزوجتي ـ: جاز، وهو وَعْدٌ من جهته للزَّوْجة أن يعطيها شَيْئاً؛ فإن شاء وفى، وإن شاء لم يَفِ.

ولو قَارَضَ رجُلاَنِ رَجُلاً علَىٰ أَلْفٍ، فقالا: قارضْنَاكَ علَىٰ أنَّ نصْفَ الربْحِ لك، والباقي بَيْنَنَا بالسَّوِيَّةِ ـ: جاز.

ولو قالا: على أنَّ لك الثُّلثَ من نصيب أحدنا والربع من نصيب الآخر. إن لم يبيِّنا. لم يجز وإنْ بَيَّنا نُظِرَ: إن لم يقولا: الباقي بيننا ـ: صحَّ ويكونُ الباقِي مِنْ نصيب كلِّ واحد له.

فإن[1] قالا: الباقِي بيننا ـ: لا يصحُّ؛ لأنَّه يبقى لمن شرط للعامل الثُّلُث أَقَلُّ؛ فلا يكون الباقي بينهما سواءً؛ كما لو قال: ثُلُثُ الربحِ لك، والباقي بَيْنَنَا أثلاثٌ ـ: لا يصحُّ.

ولو دفع إلَيْهِ أَلْفاً، وقال: اشْتَرِ بِهَا هَرَوِيًّا أو مَرْوِيًّا بالنصْفِ: قال المُزَنِيُّ: كانَ فَاسِداً؛ لأنَّه لم يبيِّن، واختلفوا في وجه فسادِهِ.

الأصحُّ ـ: أنَّ فساده من حيث إنَّه أطلق له الشِّراء دُونَ البَيْع، فعلَىٰ هذا يصحُّ شراؤُهُ، ولا يصحُّ بيعه، والربحُ والخسرانُ لربِّ المال وعليه، وللعاملِ أَجْرُ المثل.

---

(١) في ظ: وإن.

وقيل: فسادُهُ مِنْ حيثُ إنَّهُ قال: هَرَوِيًّا أو مَرْوِيًّا، ولم يبيِّن.

والأوَّلُ أصحُّ؛ لأنه جوَّز له الشراءَ، وفي هذه الصورة: لا يصحُّ الشِّراء، أمَّا إذا جَعَلَ الاختيارَ إليْهِ؛ فقال: إنْ شئْتَ تصرَّف في الهرويِّ، وإن شئْتَ في المرويِّ ـ: يصح.

وقيل: بطلانُهُ مِنْ حيثُ إنَّه قال: بالنصْفِ، ولم يقلْ: لي أوْ لَكَ، وفي صحَّةِ مثْلِ هذا وجهان؛ والأصح: جوازُهُ.

ويُشْتَرطُ تسليمُ المَالِ إلى العَامِلِ، وتسليطُهُ على التصرُّف، فإن قال: أنا أعمَلُ معك، أو قال: كلَّما اشتريْتَ، فأنَا أُؤَدِّي الثمن ـ: لا يصحُّ، وإنْ شرط أنْ يعمَلَ معه غلامُهُ، سواءٌ شَرَطَ ربُّ المال على نفسِهِ أو شَرَطَ العامِلُ ـ: هل يجوز؟ فيه وجهانِ:

أحدهما ـ وهو ظاهرُ النَّصِّ ـ: يجوزُ؛ كما في المساقاةِ؛ لأنَّ عبد رَبِّ المال مالُهُ؛ فكأنه ضَمَّ مالاً إلَىٰ مالٍ؛ كما لَوْ أعار منه دابَّةً ليحملَ علَيْها مالَ الْقِراضِ، أو بيتاً ليضَعَ فيه المتَاعَ، أو كَسْباً لينتفع به ـ: جاز؛ وكما لَوْ أعار رَبُّ المال غلامَهُ حتَّىٰ يعمَلَ معه متبرِّعاً من غيرِ شَرْط ـ: جاز.

والثاني: لا يجوزُ؛ لأنَّ يَدَ العَبْدِ يدُ المولَىٰ؛ كما لو شَرَطَ رَبُّ المال أَنْ يعمل معه ـ: لم يَجُزْ؛ بخلاف المساقاةِ؛ لأنَّ ـ ثَمَّ ـ بَعْضَ الأعمال علَىٰ رَبِّ المال؛ فجاز شَرْطُ عَمَلِ الغُلَامِ فيه، وفي القِرَاضِ: لا عَمَلَ علَىٰ ربِّ المال، فإذا شرطَ عَمَلَ الغلام ـ: فكأنه شرط عمَلَ رَبِّ المالِ، والمرادُ مِنَ النَّصِّ: أن يشترط للغلامِ شَيْئاً مِنَ الرِّبْح، ولم يشترطْ عليه [العمل؛ فيجوز][1].

فَصْــلٌ

ويشترطُ أنْ يَعْقِدَ القِرَاضَ مطلقاً لا يقيّده بمدَّةٍ، ولو قيَّده بمدَّةٍ، فقال: قارضتُك شَهْراً أو سَنَةً ـ: نَصَّ على أنه لا يجوزُ: فَمِنْ أصحابنا مَنْ قال: لا يصحُّ؛ كما لا يصحُّ البَيْعُ مؤقَّتاً؛ بخلافِ المساقاةِ: لا تصحُّ إلا مع التأقيتِ؛ لأنَّ حُصُولَ الثمر له وقْتٌ معلومٌ؛ فليس لحصولِ الربْحِ في القراضِ وقْتٌ معلومٌ، فإذا قيَّده بمدَّةٍ: لا يحصل له المقصودُ.

ومن أصحابنا من قال: إذا قال: قارَضْتُكَ مدَّةً ـ: فله أقوالٌ:

أحدُهـا: أنْ يَقُولَ: قَارَضْتُكَ سنَةً علَىٰ أنَّكَ بَعْدَ مضيِّ السنة لا تبيعُ، أو قال: لا تبيعُ ولا تشتري ـ: فهذا لا يصحُّ؛ لأنَّ العاملَ يحتاجُ إلَىٰ بيعِ العُرُوضِ؛ لِيَنضَّ المال، و «يظهر» الربْحُ؛ ففي منعه من البيعِ إضْرَارٌ به.

---

(١) في ظ: فيجوز العمل.

أَمَّا إِذَا قال: عَلَىٰ أَنَّكَ بَعْدَ مضيِّ السَّنةِ لا تشترِي، ولكَ أن تَبِيعَ ـ: فهذا جائزٌ؛ لأَنَّ مقتضى الْقِرَاضِ أَنَّ ربَّ المالِ يملكُ مَنْعَ العاملِ مِنَ الشِّراءِ، مَتَىٰ شاءَ، ولا يملكُ مَنْعَهُ مِنَ البيع؛ لينضَّ المال.

ولو قال: قارَضْتُكَ سنَةً، ولم يَزِدْ عليه ـ: ففي صحَّته وجهان:

الأصحُّ: لا يجوزُ.

وقيل: يجوز؛ ويُحْمَلُ عَلَىٰ أنَّه لا يشتري بَعْدَ السَّنة.

ولا يصحُّ تعليقُ القراضِ علَىٰ شَرْطٍ في المستقبلِ؛ مثلُ: أن يقولَ: إذا قَدِمَ فلانٌ ـ: فقد قارضْتُكَ، وإذا جاء رأسُ الشَّهْرِ ـ: فقد قارضتك بهذه الألْفِ ـ: لا يصحُّ؛ كما لا يصحُّ تعليقُ البيعِ؛ بخلاف الوكالةِ ـ: جازَ تعليقُهَا على أَحَدِ الوجْهَيْنِ؛ أنَّ ههنا شَرَطَ له رِبْحاً يحصُلُ بعمله؛ فلا يجوزُ أَنْ يحجر عليه التصرُّف في بَعْضِ الأزمنةِ؛ لأنَّ الربْحَ ربَّما يحصُلُ فيه.

ولو قالَ: قارضْتُكَ الآنَ، فإذا جاءَ رأسُ الشَّهْرِ فتصرَّفْ ـ: فقد قيل: يجوز؛ كالوكالة.

والأصحُّ: ألاَّ يجوز؛ كالبيع؛ لو قال: بعتُكَ بشَرْطِ ألاَّ تملكَ إلاَّ بَعْدَ شَهْر ـ: لا يصح.

ولو قال: قارضْتُكَ علَىٰ أنِّي لا أملكُ الفَسْخَ قَبْلَ شهرٍ ـ: فهو فاسدٌ؛ لأنه بخلاف قضيَّة القراضِ.

وينبغي أنْ يطلق له التصرُّف مع مَنْ يرَىٰ، وفيمَا يَرَىٰ مِنَ الأَمْوَالِ.

ولو قال: قارضْتُكَ علَىٰ ألاَّ تشتري إلاَّ مِنْ فلانٍ، أو لاَ تبيعَ إلاَّ من فلانٍ، أو لا تشتري إلاَّ برأيِ فلانٍ ـ: لا يصحُّ؛ لأنَّ مقصودَ العقْدِ لا يحصُلُ إذَا كانَ مَمْنُوعاً مِنَ المعاملة مع كافَّة الناس، أمَّا إذا قال: عَلَىٰ ألاَّ تبيعَ مِنْ فلانٍ، أو قال: لا تشتري من فلانٍ ـ: جاز؛ لأنَّه أطلَقَ له التَّصرُّف مع كافَّة الناس إلاَّ مع واحدٍ؛ فربَّما عرف منه ما يكْرَهُ المعاملة معه.

ولو شَرَطَ ألاَّ يشتري إلاَّ سِلْعَةً بعينها ـ: لم يَجُزْ؛ لأنَّها ربَّما لا تُباعُ.

ولو قال: لا تشتَرِي سِلْعَةً عيَّنها، أو عبداً عيَّنه ـ: جاز.

ولو قال: علَىٰ ألاَّ تتصرَّفَ إلاَّ في نوع كذا ـ نُظِرَ: إن كان ذلك عَامَّ الوجود شتاءً وصيفاً؛ كالحيوان، والثياب، والحبوب، ونحوها ـ: جاز، وإن كان مِمَّا ينقطع؛ كالثمارِ الرَّطْبَة ـ: فلا يصحُّ؛ كما لو قيَّد القراضَ بمدَّة إلاَّ أنْ يقولَ: إذا انقطع ذلكَ، تصرَّفْ في نوعٍ

كذا؛ فيجوزُ؛ وكذلك: لو شرط ألاَّ يتصرَّف إلاَّ فيما يَعِزُّ وجودُهُ؛ كالياقوتِ الأحْمَرِ والخَيْلِ البُلْقِ[١] وما أشبهها ـ: لا يصحُّ.

ولو أَذِنَ له أن يَتَّجِرَ في صِنْفٍ ـ: لا يجوزُ أن يتَّجِرَ في صِنْفٍ آخَرَ.

ولو أَذِنَ له أَنْ يتصرَّف في الحِنْطَةِ ـ: لا يجوزُ أن يتصرَّف في الدقيقِ، ولا في الشَّعير.

ولو أَذِنَ له أنْ يَتَّجِرَ في البَزِّ ـ: جاز أن يتصرَّف في أصنافِ البَزِّ المنسُوجِ مِنَ القُطْن والإِبْرَيْسَمِ والكَتَّانِ، وما يُلْبَسُ من الأصوافِ؛ لأنَّ ٱسْمَ البَزِّ يقَعُ على الكُلِّ.

ولا يجوزُ في البُسْطِ والفُرُشِ، وهل يجوزُ في الأكسيَةِ؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: يجوزُ؛ لأنَّه يلبس.

والثَّاني: لاَ؛ لأنَّه لا يُقَالُ لبائِعِهِ: بَزَّاز، بل يقالُ: كِسَائي.

ولو شرط أَنْ يشتري نخيلاً فيطلب ثمارها، أو دَوَابًا، فينتظر نتاجَهَا، أو مستغلاَّتٍ فيستغلّها ـ: لا يجوزُ؛ لأنَّ قَضِيَّةَ الْقِرَاضِ أَنْ يَطْلُبَ الرِّبْحَ بطريقِ التِّجَارَةِ، وكذلك: لو شرط أنْ يشتري الْحِنْطَةَ، فيطحن ويخبز، أو يشتري الغَزْلَ فينسج، أو يشتري الثيابَ فيقصر أو يصبغ ـ لم يصحَّ، وللعامِلِ أجرُ المثل فِيمَا عَمِلَ، فإنْ فعل العاملُ شيئاً من ذلكَ مِنْ غَيْر شَرْط ـ: فلا يستحقُّ الأجر، وإن ٱستأْجَرَ عليه أجير ـ: فالأجرةُ في مالِهِ، والربحُ بينهما على الشَّرْطِ، وإذا طَحَنَ العاملُ الحنطةَ مِنْ غَيْرِ شرط ـ: صار ضَامِناً، سواء أَذِنَ له في التصرُّفِ مطلقاً، فٱشترى الحنطَةَ، أو أَذِنَ له في التصرُّف في الحِنْطَةِ: فإنْ دخلَهُ نَقْصٌ ـ: ضَمِنَ النَّقْصَ، فإذا باعه ـ: جاز؛ لأن الْقِرَاضَ بحالِهِ وثَمَنِهِ ـ: لا يَكُونُ مضموناً عليه؛ لأنَّه لم يَتَعَدَّ فيه.

ولو شرَطَ على العامِلِ أنَّه إذا ٱشترىٰ خزاً أو بَزًّا أو شيئاً يعجبُهُ: يولِّيه بَيْعَهُ، أو إذا ٱشترىٰ دابَّةً: يركَبُهَا رَبُّ المال، أو يركَبُهَا العاملُ، أو إذا ٱشتَرَىٰ ثوباً: يلبسه متىٰ شاء ـ: لا يصحُّ.

وكلُّ موضعٍ فسد القراض ـ: فتصرُّف العامل نافذٌ؛ لوجودِ الإِذْنِ مِنْ ربِّ المالِ، والرِّبْحُ والخسرانُ يكونُ لربِّ المالِ وعليه، وللعامل أجْرُ مثْلِ عمَلِهِ على ربِّ المالِ، وإنْ زاد على المشْرُوطِ لَهَ.

وعند أبي يُوسُفَ: لَهُ أَجْرُ مثل[٢] العَمَلِ، ولا يزادُ على المسمَّىٰ.

---

(١) البُلْقُ: سواد وبياض في اللون. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٦٩).
(٢) في ظ: أجر المثل.

فَصْــــلٌ

مَالُ الْقِرَاضِ يَكُونُ أَمَانَةً في يد العامِلِ؛ يجبُ عليه حفْظُهُ ولا يعرِّضه للهلاكِ، ولا يجوزُ أنْ ينفق [منه شيئاً](١) علىٰ نفسه، ولا كِسْرَةً يَدْفَعُهَا إلى السَّقَاءِ.

وقال مالكٌ ـ رحمة الله عليه ـ: يجوزُ أَنْ ينفق على العَادَةِ؛ مِثْلُ الغذاءِ وكسرةِ السَّقَّاء دُونَ العَشَاءِ.

ولا يجوزُ أن يسافر بِمَالِ القِرَاضِ بغَيْرِ إذْنِ رَبِّ المال(٢)، فَإِنْ سافر به ضَمِنَ، وإن باعه في السَّفَر ـ نُظِرَ: إن كان ذلك المال أرخَصَ بتلْكَ البَلْدة ـ: لم يصحَّ الْبَيْعُ، وإن كان مثْلَ هذا البلدِ أو أغلَىٰ ـ: صحَّ البيع والثمنُ يَكُونُ مضموناً عليه؛ لأنَّه مخاطرٌ بسبب السَّفَر، فإذا عاد لاَ يَعُودُ أَمانُهُ، ولا يجوزُ أن يؤدِّي شيئاً مِنْ مُؤْنَةِ ذلك السَّفَر من مالِ الْقِرَاضِ.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: يجوزُ للعامِلِ أنْ يُسَافِرِ بمالِ القراضِ.

أما إذا سافَرَ بإِذْنِ ربِّ المال ـ: جاز، ولا يضمَنُ، وهل يستحقُّ النفقة؟

قال في رواية المُزَنِيِّ: له النفقةُ بالمَعْرُوفِ، وقال في روايةِ البُوَيْطِيِّ ـ: لا يستحقُّ النفقة.

اختلف أصحابنا فيه:

مِنهُمْ من قال: فيه قولان:

أحدُهما: لا يستحقُّ؛ كما في حَالِ الإقامةِ.

والثاني: يستحقُّ؛ لأنَّه سلَّم نفسَه لذلك الآمر؛ كالزوْجَةِ: تستحقُّ النفقة، إذا سلَّمَتْ نفْسَهَا إلى الزَّوْجِ، وقَبْلَ التسليم: لا تستحقُّ.

ومنهم مَنْ قال: لا يستحقُّ.

وحيْثُ قال: له النفقةُ بالمعروفِ، أرَادَ به: المُؤَنَ التي تلزَمُ المَالَ مِنْ كراءِ الدَّابَّة وأجرةِ الحارس ونَحْوِها.

فإنْ قلنا: يستحقُّ ـ: فكم يستحقُّ؟ فيه وجهان:

أحدهما: جميعَ ما يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنَ النفقةِ والكُسْوَةِ والإِدَامِ.

والثاني: يَجِبُ ما زاد بسَبَبِ السَّفر من الخُفِّ والإِدَاوَة والسَّطيحة(٣) ونَحْوِها.

---

(١) في ظ: شيئاً منه.

(٢) في ظ: المالك.

(٣) المَزَادةُ: تكون من جلدين لا غير.

ولو سافرَ بمالِ نَفْسِهِ مَعَ مَالِ القراضِ ـ: توزَّع النفقةُ علَىٰ قَدْرِ المالَيْنِ بالحِصَص؛ ليس له إخراجُ جَمِيعها مِنْ مال القراض؛ فلو اَستردَّ رَبُّ المالِ منه المالَ في الطريق أو في البَلَدِ الذي خَرَجَ إلَيْهِ ـ: هل يجبُ عليه نفقةُ الرُّجُوعِ؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: لا يجبُ؛ كما لو خَالَعَ زوجَتَهُ في السَّفَرِ: لا يجبُ علَيْهِ نفقةُ رُجُوعها إلى الوطنِ.

ولو شَرَطَ العَامِلُ نفقةَ السَّفَرِ في العَقْدِ؛ فإنْ قلْنا: يستحقُّ ـ: فهو قَضِيَّةُ العَقْد، وإنْ قلنا: لا يستحقُّ ـ: قال: يحتملُ وجهَيْنِ:

أَصَحُّهُمَا: يفسُدُ العَقْدُ؛ كالمُقِيمِ إذا شرطَ لنَفْسِهِ النفقةَ.

والثَّاني: لاَ يَفْسُدُ، ويَستَحِقُّ النفقةِ؛ لأنَّه مِنْ مصلحة العَقْدِ؛ لأنَّه إذا لم يُعْطَ النفقة ـ: لا يسافِرُ؛ فهو كالخيارِ في البَيْعِ.

وعلى العاملِ أن يتولَّىٰ بنفسه ما جَرَتِ العادَةُ أَنْ يتولاَّها العُمَّالُ بأنفسهم: مِنْ طَيِّ الثيابِ، وذَرْعِها، والإيجابِ والقَبُولِ في البَيْعِ، وقَبْضِ الثمنِ، ووَزْنِ ما يَخِفُّ؛ كالعُودِ والمِسْكِ، وحِفْظِ المتاع عَلَى الحانُوتِ والنَّوْمِ عليه في السَّفَر، وحِفْظِهِ؛ فإذا استأْجَرَ مَنْ يفعَلُ شيئاً مِنْهَا ـ: يجبُ أَنْ يُعْطِيَ الأُجْرَةَ مِنْ مالِ نفسه، فأما ما لم تَجْرِ العادَةُ أَنْ يتولاَّهُ بنَفْسِهِ؛ كَحَمْلِ المتاع مِنَ الحانُوتِ إلى الْخَانِ، والسِّرْدَابِ، ووَزْنِ ما يثقُلُ منْهُ، والنِّدَاءِ على المتاعِ ـ: فله أن يستأْجِرَ مِنْ مالِ القراضِ مَنْ يَفْعَل ذلك.

وكذلك: أُجْرَةُ الحارس والرَّصَدِيِّ وكِرَاء الدَّوَابِّ في السَّفَرِ ـ: يَكونُ مِنْ مَالِ الْقَراضِ، فإنْ فَعَلَ العاملُ شَيْئاً مِنْ ذلك بِنَفْسِه ـ: لا يستحقُّ الأجرة.

وإذا غُصِبَ شَيْءٌ مِنْ مَالِ القراضِ، أو أُتْلِفَ ـ: فالْخَصْمُ فيه ربُّ المال، إن لم يكُنْ فيه رِبْحٌ، وإن كان فيه رِبْحٌ ـ: فهما خصمان، وقيل: للعامل أن يخاصِمَ بكُلِّ حالٍ؛ لأنَّه من باب حفْظِ المالِ.

ولا يجوزُ أنْ يَتَّجِرَ إلاَّ على النَّظَر، والاحتياطِ.

ولا يجوزُ أنْ يشتري بأكْثَرَ مِنْ رَأْسِ المالِ؛ لأنَّ ربَّ المالِ لم يأْذَنْ إلاَّ فيه.

ولا يَجُوزُ أنْ يبيعَ شَيْئاً نسيئَةً؛ لأنه ربَّما يجحد المشتَرِي أو يفلس.

ولا أنْ يشتري نسيئةَ؛ لأنَّه يُغْرِقُ المال بالدَّين وعند أبي حنيفة يجوز أَنْ يبيعَ وَيَشْتَرِيَ نسيئةً، ويرهن ويرتهن.

وبالاتفاقِ: لا يجوزُ أَنْ يقرضَ ويستدينَ، وإذا باع حالاً ـ: لا يجوزُ تسليمُ المَبِيعِ قَبْلَ

قَبْض الثمن، وإذا سَلَّمَ ضَمِنَ القيمة.

وقيل: إذا كان الثمنُ أقَلَّ من القيمةِ ـ: ضَمِنَ الثَّمَنَ؛ لأنَّ البيع صحيحٌ، والصحيحُ يضمن القيمة في الحالَيْنَ[١].

ولا يجوزُ له السَّلَمُ؛ لأنَّ فيه تسليمَ رَأسِ المَالِ قَبْلَ أَخْذِ عوضه، وإذا أذِنَ لَهُ في البَيْعِ نسيئةً ـ: جازَ أنْ يبيعَ نسيئةً، ويجبُ أن يُشْهِدَ علَيْهِ، فإنْ لم يُشْهِدْ ـ: ضَمِنَ، بخِلَاف ما لو بَاعَ حَالاً ـ: لا يجبُ الإشْهَاد[٢]؛ لأنَّ هناك يمكنُهُ حَبْسُ المبيعِ؛ لاستيفاء الثمنِ.

ولو باع حالاً وأَذِنَ له في تسليمِ المَبِيعِ قَبْلَ قبض الثَّمن ـ: جاز، ولا يَجِبُ الإشْهَاد؛ لأنَّ العادة لم تَجْرِ بالإشهَادِ فِي البَيْعِ الحالِّ، حَتَّىٰ لَوْ جَحَدَ المشتَرِي ـ: لم يضمَنْ؛ بِخِلَافِ ما لو بَاعَ مُؤَجَّلاً بإذْنِهِ، ولم يُشْهِدْ، فجحد ـ: ضَمِنَ.

ولو باع أَوِ اشتَرَىٰ بغبْنٍ يسير يتغابَنُ الناسُ بمثله ـ: جَازَ، ولو باع بغَبْنٍ فاحشٍ ـ: لاَ يصحُّ.

ولو اشتَرَىٰ شيئاً بغَبْنٍ فاحشٍ ـ نُظِرَ: إنِ اشتَرىٰ بِعَيْنِ مالِ الْقِرَاضِ ـ: فالشراءُ فَاسِدٌ، وإنِ اشترى في الذمَّةِ ـ: يقَعُ للعامِلِ؛ فعليه أنْ يؤدِّيَ الثمَنَ مِنْ مالِ نَفْسِهِ، ويجوزُ أن يبيع بالعَرْضِ؛ لأنَّ التُّجَّارَ يطلبونَ الربْحَ بذلكَ الطَّريق؛ بخلاف الوكيل.

ويجوز أن يشتري الشَّيْءِ المَعِيبَ؛ لأنَّه قد يرى الرِّبْح فيه؛ بخلاف الوكيل، وإذا اشترىٰ شيئاً علَىٰ أنه صحيحٌ، فوجد به عَيْباً ـ: له الرَّدُّ بالعَيْبِ، وإنْ رضي به رَبُّ المال؛ لأنَّ له فيه حَظًّا، وإن كان مَعَ ذَلِكَ العَيْبِ يُسَاوِي ما اشتراه[٣] به ـ: هَلْ يصحُّ ذَلِكَ القِرَاضُ؟ فيه وَجْهَانِ:

أحدُهُما: لا، بَلْ وقع[٤] باطلاً، إن اشترى بعَيْنِ مالِ القِرَاضِ، وإن اشتَرَىٰ في الذمَّة ـ: وقع للعاملِ؛ كما لو كان لا يساوي ما اشتَرَىٰ به.

والثاني: صَحَّ الْقِرَاضُ؛ لأنَّهُ لا ضَرَرَ فيه علَىٰ رَبِّ المالِ.

وإذا اشترى بمَالِ القِرَاضِ خَمْراً، أَوْ خنزيراً أوْ أُمَّ ولدٍ، وسلَّم المال ـ: ضَمِنَ.

وإذا اشترى جاريةً، ولم يعلَمْ أنَّها أُمُّ ولَدٍ، فظهرَتْ أمُّ ولدٍ، أو عصيراً، فظهر خَمْراً، وقد دفع الثمن ـ: يجب عليه الضَّمَانُ؛ لأنَّ ضمانَ المَالِ لا يسقُطُ بالجَهْلِ.

وقيل في الموضعَيْنِ: لا يضمن.

---

(١) في د: الحال.

(٢) في د: الإشهار.

(٣) في ظ: ما اشترى.

(٤) في ظ: يقع العقد.

وقال الشيخُ القَفَّال، في أُمِّ الولد: لا يضمَنُ، لأنَّها في صورة القنَّة؛ لا يمكن التمييزُ بَيْنَهُمَا، وفي الخَمْر: يضمنُ؛ لأن التمييزَ بينها وبين العصير ممكنٌ، فإذا لم يتأمَّلْ كان مُفَرِّطاً.

وإذا ٱشترى العاملُ مَنْ يَعْتِقُ علَىٰ ربِّ المالِ ـ نُظِرَ: إن اشتَرَىٰ بِغَيْرِ إذْنِ رَبِّ المال ـ: فالبيعُ باطلٌ، إن ٱشترى بعَيْنِ مالِ القراضِ، وإنْ ٱشترى في الذمَّةِ ـ: يقعُ للعاملِ، وعليه أنْ يؤدِّيَ الثمَنَ مِنْ مالِهِ؛ بخلاف ما لو وكَّل وكيلاً؛ ليشتري له عبداً، فٱشترى مَنْ يَعْتِقُ على الموكِّل ـ: صح للموكِّل؛ لأنَّه أَمَرَهُ بتمليكِهِ عَبْداً، وقد فَعَلَ، والعِتْقُ أَمْرٌ حَصَلَ عَلَىٰ ملكه، وفي القراضِ، أَمَرَهُ رَبُّ المال بالتجارة ليربح، ولا يحصل ذلك [بشراءه من][1] يَعْتِقُ عليه.

أما إذا ٱشتَرَىٰ بإذن ربِّ المال ـ: صَحَّ، ثم ينظر: إن لم يكُنْ في المال ربْحٌ ـ: عتَقَ علَىٰ رب المال، ثم إن ٱشتَرَىٰ بجميعِ مالِ القراضِ ـ: ارتفع القراض وإذا[2] اشتَرَىٰ ببعضه ـ: فرأس المالِ ما بَقِيَ، وصار كما لو استرد ثمن العبْدِ، وإن[3] كان في المال ربْحٌ ـ: جعل كأنما استردَّ المال أو بعضَهُ، فيتبعه من الرِّبْحِ والخُسْرَانِ بقدره، ويبنىٰ علَىٰ أنَّ العامل، هل يملك نصيبَهُ من الربح بنفس الظهور أم يَمْلِكُ بعد المفاضلة؟ وفيه قولان؛ ذكرناهما في «كتاب الزكاة».

فإن قُلْنا: يملكُ بعد المفاضلة ـ وهو الأصحُّ ـ: عتق العبْدُ كلُّه على ربِّ المال، ويغرَّم حِصَّة العامِلِ من الربح.

وإنْ قلنا: يملكُ بنَفْس الظهور ـ: عَتَقَ على ربِّ المالِ حصَّتُهُ، ويقوَّم عليه حصَّةُ العاملِ، إن كان مُوسِراً، وإلاَّ تبقَىٰ حصَّةُ العاملِ رقيقاً؛ وكذلك: لو أَعْتَقَ رَبُّ المالَ عَبْداً منْ مالِ القراضِ: فإن لم يَكُنْ في المال رِبْحٌ ـ: عَتَقَ كلُّه، وإن كان فيه ربْحٌ؛ فإن قُلْنا: يملكُ العَامِلُ نصيبَهُ بعد المفاضلةِ [وهو الأصحُّ][4] ـ: عتق العبدُ كلُّه، وغرِّم حصة العامل.

وإنْ قلنا: يملكُ بنَفْسِ الظهور ـ: عَتَق بقَدْر حصَّته، وقوِّم عليه نصيبُ العامِلِ، إن كان موسراً؛ وإلاَّ بقي نصيبُ العامِلِ رقيقاً.

ولو ٱشترى العَبْدُ المَأْذُونُ في التجارةِ مَنْ يَعْتِقُ علَىٰ مولاهُ بإذْنِه ـ صحَّ، وعَتَقَ عليه، إن لم يكُنْ علَيْهِ دَيْن.

وإنِ ٱشترَىٰ بغَيْرِ إذنِهِ ـ: ففيه قولان:

أصحُّهما: لا يصحُّ؛ كالعاملِ في القراضِ.

---

(١) في د: شراء من.
(٢) في ح: وإن.
(٣) في د: فإن.
(٤) سقط في د.

والثاني: يصحُّ؛ كالوكيل.

أما إذا اشترى العامِلُ مَنْ يَعْتِقُ عليه ـ: صَحَّ، ثم إنْ لم يَكُنْ في المال رِبْحٌ ـ: لا يعتقُ ويُبَاع؛ كالوكيلِ: يشتري أبَ نفْسِهِ: يصحُّ للموكِّلِ، ولا يعتقُ.

وإن كان في المالِ رِبْحٌ: إن قلنا: يملكُ العاملُ نصيبَهُ بَعْدَ المفاضلةِ ـ: فلا يَعْتِقُ، ويُبَاعُ، وإنْ قلنا: يملكُ بنفس الظهورِ ـ: عَتَقَ عليه حصَّتُهُ، ويقوَّمُ عليه نصيبُ رَبِّ المالِ، إن كان العاملُ موسِراً، وإن كان مُعْسِراً ـ: فلا يقوَّم.

ولا فَرْقَ بين أن يكونَ الربْحُ موجوداً يَوْم الشراء، أو ظهر بارْتياعِهِ؛ بأن يكونَ رأسُ المال مائةً، فاشترىٰ بها أبَاهُ، وهو يُسَاوي مائتَيْن، أو كان لا يُسَاوِي يَوْمَ الشراءِ إلا مائةً، ثم ظَهَرَ الربْحُ بارْتفاع السُّوق، وكان شيخي ـ رحمه الله ـ[1] يقولُ: يحتملُ وجهاً آخر: أنَّه إذا[2] ظهر الربْحُ بعد الشراءِ: أن يَعْتِقَ على العَامِلِ حصَّتُهُ، ولا يقوَّمَ عليه الباقي؛ لأنَّه لم يَخْتَرْ تملُّكه؛ بخلاف ما لو كان الربْحُ ظاهراً يوم[3] الشراءِ، أو ظَهَرَ بارْتياعه، بناءً على ما لو بَاعَ مَنْ يَعْتِقُ علَىٰ وارِثِهِ بثَوْبٍ، ومات، فوجَدَ الوارثُ بالثَّوْبِ عَيْباً ورَدَّهُ، واستردَّ شِقْصَ العبد ـ: عَتَقَ عليه، وهَلْ يَسْرِي إلى الباقي؟ فيه وجهان.

وكذلك لو أعْتَقَ العاملُ عبداً مِنْ مال القراضِ ـ: هل يَعْتِقُ حصَّتُهُ؟ فهو كشراء مَنْ يَعْتِقُ عليه.

وعند أبي حنيفة: يملك العامِلُ حصَّته بنفس الظهور، ويعتقُ عليه حصَّتُهُ، ثم ناقضوا، فقالوا: لو كان رأسُ المال ألْفاً، وربح ألْفاً، فاشترىٰ بالكُلِّ[4] عبدَيْن، قيمَةُ كُلِّ واحد ألفٌ، ثم أعتقَهُما ـ: قالوا: لا يعتقُ شيءٌ منهما؛ لأنَّ الرِّبْحَ غيْرُ متميِّزٍ مِنْ رأسِ المالِ.

ولو اشترى العَامِلُ بمَال القراضِ جاريَةً ـ: لَيْسَ لِرَبِّ المالِ وطؤهَا، وإن لم يكُنْ في المالِ ربْحٌ؛ لأنَّها ربَّما تَحْبَلُ[5]؛ فيبطُلُ مقصودُ العَقْدِ، فلو وطئها لا حَدَّ عليه؛ لأنَّها مِلْكُهُ، وأمَّا المهر هل يجبُ؟

نُظِرَ: إن لم يَكُنْ في المال ربْحٌ، أو كان، وقلْنا: يملكُ العاملُ حصَّتَهُ بعد المقاسمةِ ـ: فلا يجبُ، وإنْ قلْنا: يملكُ بنفس الظهور ـ: يجبُ بقَدْر حصَّة العامل.

وإنِ استولدها ـ: فكالعتق.

---

(١) في ظ: وكان القاضي الإمام.
(٢) في د: إن.
(٣) في د: مع.
(٤) في د: ما لكل.
(٥) في د: حبّل.

ولو وطئَهَا العاملُ: فإن لم يكُنْ في المالِ رِبْحٌ علَيْه الحَدُّ، وإن كان فيه رِبْحٌ ـ: فلا حدَّ؛ للشبهة، ويجبُ المَهْرُ.

قال الشيخ[١]: ويُؤْخَذُ كُلُّهُ، ويوضَعُ في المالِ: إن[٢] قُلْنا: يملكُ العامِلُ الرِّبْحَ بالظُّهُور؛ لأنَّه ربَّما يَخْسَرُ، فيحتاج إلَىٰ جَبْرِ الخُسْرَانِ به.

قال ـ رضي الله عنه ـ:[٣] ولو ٱسْتَوْلَدَهَا: إن قلنا: لا يَمْلِكُ شَيْئاً مِنَ الرِّبْحِ قَبْلَ القِسْمة ـ: فلا تصيرُ أُمَّ ولد له، وإنْ قلنا: يملكُ بنفس الظهورِ ـ: تصيرُ حصَّتُهُ أمَّ ولد له، ويقوَّمُ الباقي عليه؛ إن كان موسراً؛ كما في العِتْقِ.

ولو وطئها أجنبيٌّ ـ: أَخَذَ المهر، وكان في القراضِ.

قال ـ رضي الله عنه ـ: والمهرُ يكونُ في الرِّبْحِ، والعاملُ إذا وطئها جاهلاً، ولاَ رِبْحَ في المال ـ: وجب أن يُؤْخَذَ منه المَهْرُ، ويكونُ من الرِّبْح.

قال ـ رضي الله عنه ـ: ولو قَطَعَ أجنبيٌّ يَدَ عبْدِ القراضِ ـ: يؤخذ منه نصْفُ القيمةِ، ويَكُونُ في مال القِرَاضِ، ثُمَّ إنْ كان نصْفُ القيمةِ أكْثَرَ مِنْ أَرْشِ النقصانِ ـ: فالفضْلُ رِبْحٌ، وإن كان أَقَلَّ ـ: يجبَرُ النقصانُ من الرِّبْحِ، وإنْ قطع العامِلُ يده، ولا رِبْحَ في المالِ ـ: وجَبَ أنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ نصْفُ القيمةِ، والفضْلُ على أرْشِ النقصانِ رِبْحٌ.

ولو ٱشترىٰ العاملُ زوْجَةَ رَبِّ المال، أو كان ربُّ المال ٱمرأةً؛ فٱشترَىٰ العامِلُ زوْجَهَا ـ نُظِرَ: إن ٱشترىٰ بإذْنِ ربِّ المال ـ: صَحَّ الشراءُ، وٱنفسَخَ النكاحُ، والقراضُ بحالِهِ، وإنِ ٱشتَرَىٰ بغَيْرِ إذنِهِ ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصحُّ، إذا اشترى بعين مال القراضِ؛ لأنَّ رَبَّ المالِ يتضرَّر به بٱنفساخِ النكاحِ؛ كما لا يشتري مَنْ يَعْتِقُ عَلَىٰ رَبِّ المال.

والثاني: يَصِحُّ وينفسخُ النِّكَاحُ؛ لأنَّ الضَّرَرَ ليس مِنْ ناحية القِرَاضِ؛ فإنه لا يتلفُ شيء مِنْ مال القراض؛ بخلاف العتق.

ولو ٱشتَرَىٰ بمالِ القراضِ عَبْداً، فكاتَبَهُ بغير إذْنِ رَبِّ المالِ ـ: لا يصحُّ، وإنْ كاتباه معاً ـ: جاز، وإن أدَّى المالَ ـ: عَتَقَ، ثم إن لم يكُنْ في المالِ رِبْحٌ ـ: كان ولاؤُهُ لرَبِّ المال، وإنْ كان فيه ربْحٌ ـ: فيكون بينهما؛ على حَسَبِ الشَّرْط، وإن كاتَبَاه علَىٰ أكثَرَ مِنْ قيمته ـ: فالزيادةُ رِبْحٌ يكونُ بينهما علَىٰ حَسَبِ الشرط.

---

(١) في ظ: قلت.

(٢) في أ: فإن.

(٣) في ظ: قلت.

ولا يجوزُ معاملةُ العاملِ مَعَ رَبِّ المالِ، ولا معاملةُ رَبِّ المالِ مَعَه في مالِ القراضِ؛ كالعبدِ المأذونِ في التِّجَارة: لا يعامل المولَىٰ.

وعند أَبي حَنِيفَةَ: يَجُوزُ للعامِلِ أَنْ يشتري من ربِّ المال.

ولو اشترى العامل شِقْصاً من دارٍ بمالِ القراض، ولرب المال فيه شرك ـ: فلا شفعة لربِّ المالَ؛ لأنَّ الشراء وقَعَ له بماله، فإنْ كان لِلْعَامِلِ فيه شِرْكٌ ـ: فله أخذه بالشفعةِ؛ كالوكَيلِ بالشِّراء.

ولا يجوزُ للعاملِ أنْ يُقَارِضَ بمالِ القراضِ رَجُلاً آخَرَ بِغَيْرِ إِذْنِ رَبِّ المال؛ فإنْ قَارض ـ نُظِرَ: إنْ فَعَلَ ذَلِكَ بِإِذْنِ رَبِّ المال ـ: جاز؛ كما لو وكَّله بأن يُقَارِضَ آخَرَ، ويكونُ كما لو قارَضَ بنفسه، فإن شرط الأوَّلُ لنفسه شيئاً مِنَ الربح ـ: كان فاسداً، والربحُ والخسرانُ لرَبِّ المالِ وعليه، وللعاملِ الثاني أجْرُ المثل على رَبِّ المال، وإنْ قارَضَ بِغَيْرِ إِذْنِ رَبِّ المال ـ: صار ضامناً للمالِ، إذا سلَّم إلى الثاني.

ثم لا يخلو: إما إنْ تَلِفَ المالُ في يد الثاني، أو ربح: فإن تلف ـ نُظِر: إن كانا عالِمَيْن، أو كان الثَّاني عالماً ـ: فقرارُ الضمانِ على الثاني، ويكون الأوَّلُ طريقاً فيه، وإنْ كانا جاهلَيْن، أو كان الثاني جاهلاً ـ: فالقرارُ على الأوَّل.

قال ـ رضي الله عنه ـ: وهل يكونُ الثاني طريقاً فيه؟ فعلىٰ وجهين؛ كالمستودَعِ الجاهِلِ من الغاصِبِ، هل يكونُ طريقاً في وجوب الضَّمَانِ على الغاصب؟ فيه وجهان.

فأمَّا إذا تصرَّف العاملُ الثاني، ورَبِحَ ـ: فهذا يُبْنَىٰ علىٰ ما لو تصرَّف الغاصبُ في المالِ المغصوبِ، ورَبِحَ ـ: فالربح لِمَنْ يكُون؟ فيه قولان:

في الجديد: يكون للغاصب.

وفي القديم: يكونُ للمالِكِ.

وكان شيخي ـ رحمه الله ـ[1] يقول: يحتمل أن يكون هذا قولاً قَطْعاً في القديمِ: أنَّ الرِّبْحَ يكُونُ للمالِكِ، حتَّىٰ لو ردَّه لا يرتدُّ، ويحتملُ أن يكون هذا جواباً على قولِهِ في القديم: إنْ باع بمالِ الغَيْر بغَيْرِ إذنِهِ ـ: يكون موقوفاً علىٰ إجازته غيْرَ أنَّ الشافعيَّ ـ رضي الله عنه ـ قَطَعَ بأنَّ الرِّبْحَ يكون للمالِكِ، ولم يتعرَّض للإجازة والفَسْخ؛ لأنَّ الغالب: أنه إذا رأى الرِبْحَ يجيزُهُ، ولا يردُّه؛ فعلَىٰ هذا: لو ردَّه يرتدُّ؛ سواءٌ كان شراؤه بعَيْن مالِ المغصوبِ منه أوفى الذِّمَّة [و] رجعنا إلى القراض.

---

[1] ... ظ: وكان القاضي الإمام.

وإذا[1] تصرَّف العامل الثاني، وربح: فإن قلْنا: بقوله الجديد: أنَّ الرِّبْحَ في الغصْبِ يكُونُ للغاصِبِ ـ: فههنا: ينظر إن اشترى بعيْن مالِ القراضِ ـ: كان فاسداً، وإن اشترى في الذمَّة ـ: ذكر المزنيُّ ـ رحمه الله ـ أنَّ الربحَ كلَّهُ للعامِلِ الأوَّل.

ومِنْ أصحابنا مَنْ قال: الربْحُ كلُّه للعامل الثاني علىٰ قوله الجديد؛ لأنَّه المتصرِّف؛ كما في الغصْبِ: يكون للغاصِبِ.

ومنهم مَنْ قال ـ وهو الأصح ـ: الأمْرُ كما قال المزنيُّ ـ رحمه الله ـ أنه يقعُ تصرُّفه للعامِلِ الأوَّل؛ لأنَّه اشترىٰ له بإذْنِهِ؛ فكان كالوكيل من جهته، والربحُ[2] والخسرانُ يكُونُ للعامل الأوَّل، وعليه للثاني أجْرُ مثلِ عَمَلِهِ، بخلاف الغاصِبِ في غير القراضِ: فإنه اشْتَرىٰ لنَفْسِهِ؛ فكانَ الرِّبْحُ له.

وفي القديمِ، قال: الرِّبْحُ يكونُ بَيْنَ العَامِلَيْن وبين ربِّ المالِ؛ سواءٌ كان الشراءُ بالعَيْن أو في الذمَّة؛ نصفُهُ لربِّ المالِ، ونصْفُهُ بَيْنَ العاملَيْنِ.

قال ـ رضي الله عَنْهُ ـ: وهذا إمَّا أَنْ يكُونَ قولاً قَطْعاً علَىٰ هذا القَوْلِ، أو علَىٰ قَوْلِ الوقْفِ، إن جَازَ، كما ذكره الشيخ القاضي ـ رحمه الله ـ.

وعلَىٰ هذا القولِ: إذا جعلنا الرِّبْحَ بَيْنَ رَبِّ المالِ والعاملَيْنِ ـ: فهلْ يرجعُ العاملُ الثاني على الأوَّل بشيءٍ؟ نُظر: إن كان قد قال لَهُ العامِلُ الأوَّل: قارضْتُكَ علَىٰ أنَّ لَكَ نصْفَ الربْحِ، أو قال: علَىٰ أنَّ ما يرزقُنَا اللَّهُ مِنَ الرِّبْحِ يَكُونُ بَيْنَنَا ـ: فلا يرجعُ عليه بشيءٍ؛ لأنَّه سَلَّمَ له ما شرط له، ولو قال: على أن الربْحَ بيننا نصفان، أو قال: على أنَّ نِصْفَ الرِّبْحِ لك ـ: ففيه وجهان:

أحدُهُمَا: لا يرجعُ بِشَيْءٍ؛ كما في الصورة الأولَى؛ لأنَّه شرط له نصْفَ الرِّبْحِ؛ فيكونُ له النِّصْفُ من نصيبه.

والثاني: يرجعُ علَيْهِ بنصْفِ أجْرِ مِثْلِ عملِهِ؛ لأنَّه شرط لَهُ نصْفَ رِبْحِ جميعِ المالِ، ولم يسلِّم له إلا رُبْعَ الربح.

فَصْـــلٌ

إذا تَلِفَ مَالُ الْقِرَاضِ فِي يَدِ الْعَامِلِ ـ: لاَ ضَمَانَ علَيْهِ؛ لأنَّه أَمِينٌ، ثم إنْ تَلِفَ كلُّه بآفةٍ سماويَّةٍ ـ: ارتفع القراضُ، سواءٌ تَلِفَ بعد ما شرع في العَمَل، أو قبْله، ولا شيءَ للعامِلِ ولا

---

(١) في ظ: وإذا.

(٢) سقط في د.

عليه، وإنْ تلف بعضه ـ نظر: إن تَلِفَ بعد الشروع في العملِ والتصرُّف ـ: فهو بمنزلة الخسرانِ؛ يجبر بالربْح، حتَّىٰ لو دفع إليه مائةً، فربحَ عليها خمسين، ثم تَلِفَ منها مائةٌ، ثم رَبِحَ بعده خمسين ـ: فكلُّها رأسُ المال.

وإنْ تلف قَبْلَ الشُّرُوعِ في العملِ ـ: فيه وجهان:

أحدهما: يُجْبَرُ ذَلِكَ مِنَ الرِّبْحِ؛ كما لو تَلِفَ بعد الشروع فِي العَمَلِ.

والثاني: لا؛ بَلْ يجعلُ كأنَّه لم يَدْفَعْ إليه إلا بَقَدْرِ ما بَقِيَ؛ لأنَّ العَقْدَ لم يتأكَّد [إلاَّ] بالشروع في العملِ.

ولو سُرِقَ بَعْضُ مالِ القراضِ، أو غُصِبَ، أو أُتْلِفَ ـ نُظر: إن ظفر بالمُتْلَف، فأخذ بدله ـ: فهو من القِرَاضِ، حتى لو أتلف كلّه، فأخذ بدله ـ: فهو في القراضِ، وإن لم يظفر ببدله، فَرَبِحَ علَىٰ ما بقي ـ: هل يُجْبَرُ المسروقُ والمُتْلَفُ بالربحِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يُجْبَرُ؛ كما لو تلف بآفَةٍ سماويَّةٍ.

والثاني: لا يُجْبَرُ؛ لأنَّه أعقب بدلاً؛ فلا يجبُ جَبْرُهُ مِنْ مال القراض.

ولو كان مالُ القراض ألفاً، فاشترى بعَيْنها شَيْئاً، فتلف الألفُ قبل التسليمِ ـ: بَطَلَ العقدُ، وارتفع القِرَاضُ، وإنِ اشترى في الذِّمَّة، ثم تَلِفَتِ الألْفُ ـ: ففيه وجهان:

أحدُهما: كان العَقْدُ للعَامِلِ، وعليه الثمن مِنْ ماله، وارتفَعَ القِرَاضُ.

والثاني: العَقْدُ لرَبِّ المال، وعليه ألفٌ أخرَىٰ، وهو قولُ أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ لأنَّه اشترى لَهُ كما لو تَلِفَ الثَّمَنُ في يد الوكيلِ ـ: يجبُ على الموكِّل الثمن؛ فعلَىٰ هذا: كم يكُونُ رأسُ المالِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: ألفٌ واحدةٌ؛ لأنَّ العَقْدَ وقع على ألف.

والثاني: ألفانِ؛ لأنه دَفَعَ إلَيْهِ ألفَيْنِ.

فإنْ قلنا: ألفٌ ـ: فأيُّ الألفين؟ فيه وجهان؛ لأنه ربما يكونُ بَيْنَ ألْفَيْنِ تَفَاوُتٌ في وَصْفٍ.

ولو اشتَرَىٰ بمالِ القِرَاضِ عبداً، فَقُتِلَ: فإن كان في المالِ رِبْحٌ ـ: لا ينفردُ أحدهما بالاقْتِصَاص، وإنْ لم يكُنْ في المال رِبْحٌ ـ: فلربِّ المالِ أَنْ يقتصَّ؛ إن كان موجِباً للقصاص، أو يَعْفُوَ عَلَىٰ غَيْرِ مالٍ، وإنْ كان مُوجِباً للمالِ ـ: فله أن يَعْفُوَ عَنِ المالِ، وارتفعَ القِرَاضُ، فإنْ أَخَذَ القيمة ـ: فالقراضُ باقٍ فيها حتَّىٰ لو صالحه عن القَوَدِ على أكْثَرَ مِنَ القيمة ـ: فالزيادَةُ رِبْحٌ، وللعامل فيها نصيبٌ.

وإذا خلط العاملُ مالَ القراضِ بمَالِ نَفْسِهِ ـ: كان ضامناً؛ كالمودَعِ[١]، إذا خلَطَ الوديعةَ بمالِهِ.

ولو قَارَضَه رجُلٌ علَىٰ مالَيْنِ بعَقْدَيْنِ، فخلَطَ أحدُهُما بالآخَرِ ـ: ضَمِنَ.

وعند أبي حنيفة: لا يضمَنُ.

وكذلك لو قارضَهُ رَجُلاَنِ، كلٌّ واحد علَىٰ مالٍ فخلط العَامِلُ أحدَهُمَا بالآخر ـ: صار ضامناً، ولو دَفَعَ إليه رجلان، كُلُّ واحدٍ منهما ألْفاً قِراضاً، فاشترىٰ بكُلِّ ألفٍ عبداً ثم اشْتَبَهَ علَيه ـ: ففيه قولان:

أحدهما: أنَّ العبدينِ للعامل، ويغرَّم ألفَيْنِ؛ لأنه[٢] تعذَّر التمييزُ بتَفْريطه.

والقولُ الثَّاني: يباعُ العَبْدانِ، فإن لم يكُنْ فيه ربحٌ ـ: قسِّم الثمنُ بَيْنَ رَبَّي المالِ، وإنْ كان فيه رِبْحٌ ـ: كان بَيْنَ العامِلِ والمَالِكَيْن؛ على حَسَبِ الشرْطِ.

ولو دَفَعَ إلَيْهِ ألْفاً قراضاً، فاشْتَرَىٰ بها عَبْداً، ثم اشْتَرَىٰ عَبْداً آخَرَ للقراض أيضاً ـ نُظِرَ: إن اشترى كلَّ واحد من العبدين بعَيْنِ تلكَ الألْف ـ: فالعقدُ الأوَّلُ صحيحٌ للقراضِ، والثَّاني باطلٌ؛ لأنَّ الألْفَ صارَتْ مِلْكاً للبائع الأوَّل.

فإنْ دفع الألْفَ إلى الثاني ـ: ضمن، فإنْ تلف في يدِهِ ـ: فَسَدَ العَقْدُ الأوَّل، وعليه رَدُّ مثله، وإن اشترى كِلاَ العبدَيْنِ في الذِّمَّةِ ـ: فالأوَّلُ للقراضِ، والثاني يَقَعُ للعامِلِ؛ لأنَّ ألْفَ القراضِ صارَتْ مستَحَقَّةَ الصَّرْفِ إلى الأوَّل؛ وكذلك: لو اشترى الأوَّلَ بعَيْن الألْفِ، والثاني في الذمَّة ـ: فالأول للقراضِ، والثاني للعامل، ولو اشترىٰ الأوَّلَ في الذمَّة، والثاني بعين الألف ـ: لأنَّ الأُولىٰ صارَتْ مستَحَقَّة الصَّرْف إلى الأوَّل، فإنْ دفع الألْفَ إلى الثاني ـ: ضَمِنَ، فإن تَلِفَتْ في يد الثاني ـ: لا ينفسخُ العَقْدُ؛ لأنَّ العقد لم يقَعْ على عينها، فيغرَّمُهَا مَنْ عنده، ويصرفها إلى ثمن الأول.

فَصْــلٌ

عَقْدُ القِرَاضِ: عَقْدٌ[٣] جائزٌ مِنَ الجانبَيْن، فأيُّهما أراد فَسْخَهُ والخُرُوجَ منْهُ ـ: لَهُ ذلك.

ولَو اَستردَّ رَبُّ المالِ شيئاً مِنَ المالِ قَبْل ظهور الرِّبْح فهو مِنْ رأسِ المال، ورأسُ المال ما بقي، ولو استردَّ بعد ظهور الربح ـ: فهو من الربْحِ ورأس المالِ جميعاً؛ حتَّىٰ لو

(١) في د: للمودع.
(٢) في د: فإنه.
(٣) سقط في د.

دفع إليه مائة قراضاً، وشرط له نصْفَ الرِّبْحِ، فَرَبحَ عشرين، ثم استردَّ رَبُّ المال عِشْرِينَ، فَانخفضَتِ السُّوقُ، فعادَتْ إِلَىٰ ثمانينَ ـ: ليس لربِّ المالِ أَنْ يَقُولَ: دَفَعْتُ إِلَيْكَ مِائَةً، وأخذْتُ عشرين، والآن معك ثمانُونَ، فَآخُذُهَا؛ لأنَّه أخذ العشرين حين كان الربْحُ سُدُسَ المالِ، فما أخذه كان خَمْسَةَ أسداسِهِ مِنْ رأسِ المالِ، وسدُسُهُ مِنَ الرِّبْحِ، وهو ثلاثةُ دَرَاهِمَ وثلثٌ، ونصْفُهُ للعامِلِ، وهو درهمٌ وثلثان؛ فيستردُّ ثمانيةَ وسبعين وثلثاً.

ولو دَفَعَ إِلَيْهِ مائةً، فَخَسِرَ عشرينَ، ثم أخَذَ رَبُّ المالِ عشرينَ ـ: بقي في يد العامل ستُّونَ، فتصرَّف، وربحَ، فبلغ ثمانينَ ـ: فليس لِرَبِّ المالِ أَخْذُ كلِّها؛ لأنَّه أخذ العشرين حِينَ كان الخُسْرَانُ قَدْرَ رُبُعِ المالِ، فقابله رُبُعُ الخسرانِ، وهو خَمْسَةٌ، لا يجبُ على العامل جَبْرُهَا؛ بل عليه جَبْرُ ثلاثةِ أرباعِهَا، وهو خمسةَ عشَرَ في مقابَلَةِ مَا بَقِيَ مِنْ رَأْسِ المالِ؛ فجبرنا خَمْسَةَ عَشَرَ؛ صار رأسُ المال خمسةً [و] سَبْعِينَ؛ بقي خمسةٌ للربْحِ؛ يكون بينهما؛ فيستردُّ ربُّ المالِ ستَّةً وسبعين ونصْفاً.

ولو مات أحَدُ المتقارِضَيْن، أَوْ جُنَّ، أَوْ أغْمِيَ عليه ـ: ينفسخُ الْعَقْدُ؛ لأنَّه عقد جائزٌ؛ كالوكالة، والشَّركة.

ثُمَّ إِنْ مَاتَ رَبُّ المالِ؛ فإن كان علَيْهِ دَيْنٌ أو أوصَىٰ بمالٍ ـ: صُرِفَ المالُ إِلَىٰ دَيْنِهِ ووصيَّته، ولم يَكُنْ لهم المُقَامُ على القراض.

وإن كان قَدْ تصرَّف فيه العاملُ، وفيه رِبْحٌ ـ: يقدَّم حقُّ العامل على الدَّيْن والوصايا: فإنْ لم يكُنْ عليه دَيْنٌ، ولا وصيَّةٌ ـ نُظِر: إنْ أقام وارث رَبُّ المال والعاملُ على الدَّيْنِ والوصايا: فإن لم يكُنْ عليه دَيْنٌ ولا وصيَّةٌ ـ: أنفسخ الذي حَصَلَ بالمَوْت، وأخذ الوارثُ المَالَ، إن لم يكُنْ فيه ربْحٌ، وإن كان فيه رِبْحٌ ـ: أقتسما، وأخَذَ العامل حِصَّتَهُ، وإنْ كان المالُ عَرْضاً ـ: باعَهُ العاملُ؛ لأن مَوْتَ ربِّ المال لَيْسَ بأكْثَرَ من فسخه، وبَعْدَ فسخه: كان له بَيْعُ العَرْضِ من مالِ القراضِ، فإذا باعَهُ ـ: أخذ حَقَّهُ من الرِّبْحِ، إن كان فيه رِبْحٌ، وإنْ لم يكُنْ فيه رِبْحٌ ـ: كان ما حَصَلَ لوارثِ رَبِّ المالِ، وإن مات العَامِلُ ـ: لم يكُنْ لوارثِهِ بَيْعُ المالِ بغير إِذْنِ رَبِّ المال، فإن لم يَرْضَ ببيعه، وفيه رِبْحٌ ـ رفع إِلَى الحَاكِمِ حتَّىٰ ينصِّب مَنْ يبيعه، فيأخذ ربُّ المال رَأْسَ ماله؛ ويقسَّم الرِّبْحُ بينهما.

فإن ماتَ أحدُهما، وأراد وارثُ الآخَرِ مع الحَيِّ المُقَامَ علَىٰ القراضِ الأوَّل ـ نُظِرَ:

إن كان المال نَاضًا ـ: فلا يَجُوزُ إلاَّ بعد أستئنافِ عقدٍ جديدٍ؛ لأنَّ النَّاضَّ[1] يقبلُ عَقْدَ القراضِ.

---

(١) في د: التأخير.

وإنْ كان عَرَضاً: قال أبو إسْحَاق: إنْ مات رَبُّ المال، والمَالُ عَرَضٌ: جاز لوارثه أن يَتْرُكَ العاملَ عَلَى الْقِرَاضِ، فيقول له: تركتُكَ أوْ أقْرَرْتُكَ علَىٰ ما كنْتَ علَيْهِ في حياة أَبِي، وإنْ مات العامِلُ ـ: لم يَجُزْ لربِّ المال أن يترك وارِثَ العامل على الْقِرَاضِ؛ وفُرِقَ: بِأَنَّ الأَصْلَ فِي الْقِرَاضِ المَالُ والعَمَلُ، وإذا مات ربُّ المالِ ـ: فالمالُ قَائِمٌ، والعاملُ حَيٌّ؛ فجازَ تقريرُهُ على العمَلِ، وإذا مات العاملُ ـ: فقد بطَلَ العمَلُ؛ فلا يمكنُ بناءُ عَمَلِ وارثِه عليه.

والمذهبُ: أنَّه لا يجُوزُ، سَوَاءٌ مَاتَ رَبُّ المَالِ أو العامِلُ؛ لأنَّ العقد قد انْفَسَخَ بالْمَوْتِ؛ فلا يمكنُ المُقَامُ علَيْهِ إلاَّ بٱستئنافِ عَقْدٍ جديدٍ، والمالُ عُرُوضٌ؛ لا يجوزُ ٱستئنافُ عَقْدِ القراضِ علَيْها؛ فهو كما لو فَسَخَا القراضَ في حالِ الحياةِ، والمالُ عَرَضٌ لا يجوزُ المُقامُ علَىٰ العَقْد [المَفْسُوخ، ولا ابتداءُ العقد عَلَىٰ العَقْدِ][1].

وقولُ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ: «فإنْ مَاتَ ربُّ المال ـ: صار لوارثِه، فإنْ رَضِيَ ـ: تُرِكَ المقارضُ على قراضِه» ـ أراد به: إذا كان المَالُ نَاضًا، وٱستَأْنَفَا العَقْدَ؛ فيجوزُ، فإنْ كَانَ المالُ ناضًا، وأراد ٱستئنافَ القِرَاضِ: فإن كان المالُ رَبحَ ـ: ينبغي أن يأْخُذَ رَبُّ المالِ أو وارثُهُ نصيبَهُ مِنَ الرِّبْحِ، ثم يستأنفان القراضَ على الباقي، وإنْ كان فيه خُسْرَانٌ، فَشَرَط أنْ يجبر الخسران بتصرُّفِه ـ: لم يَجُزْ، وإنْ كانَ فيه ربح، وعقد القراضَ قَبْلَ أَخْذِ العَامِلِ نصيبَهُ مِن الرِّبْح؛ مِثْلُ: إنْ كان مالُ المورِّث[2] أَلْفاً، وربحَ العاملُ عليها أَلْفاً، وقَدْ شرط له نصْفَ الرِّبْح؛ فرأْسُ مالِ الوارثِ أَلْفٌ وخَمْسُمائةٍ، فعَقَدَ الْقِرَاضَ علَىٰ ماله قبل إفْرازِ نصِيبِ العَامِلِ ـ: صح، وكان رأسُ مالِهِ أَلْفاً وخَمْسمائةٍ مُشَاعاً، ويجوزُ القراضُ على المُشَاع؛ كما يجوز على المفرز.

ولو قارَضَ رَجُلٌ في مَرَضِ موتِهِ على أكثَرَ مِنْ أَجْر مثل عَمَلِهِ؛ بأن قارَضَهُ على النصْفِ، وأَجْر مِثْلِ عملِهِ الثُّلُثُ ـ: لا تعتبرُ الزيادةُ من الثلثِ؛ لأنَّ الذي يُعْتَبَرُ من الثلث ما يُخْرِجُهُ مِنْ ماله، والرِّبْحُ لَيْسَ من ماله، إنَّما يَحْصُلُ بكَسْب العامِلِ؛ وكذلك: يقدَّم حَقُّ العامِلِ على الدَّيْنِ والوصايا؛ بخلافِ ما لو ساقى إنْسَاناً في مَرَضِ موتِهِ، وشَرَطَ للعامِلِ أكثَرَ من أَجْرِ مِثْلِ عمله ـ: يعتبَرُ مِنَ الثُّلُثِ؛ على أحدِ الوجْهَيْنِ؛ لأنَّ الثَّمَنَ يحصُلُ مِنْ غير الثمرة التي هي مِلْكُ المريض؛ فكأنه يخرجُهَا من ملكه.

فَصْلٌ في فَسْخِ الْقِرَاضِ

إذا فَسَخَا أَوْ أَحَدُهُمَا عَقْدَ القراضِ ـ: لم يكنْ للعامِلِ أنْ يشتري بَعْدَهُ به شيئاً، ثُمَّ

---

(١) سقط في د.

(٢) في د: الوارث.

يُنْظَرُ: إن كان المالُ نَاضًّا مِنْ جنس رأسِ المالِ، ولا رِبْحَ ـ: أخذه ربُّ المال، ولا شيءَ للعامل، وإن كانَ فيه رِبْحٌ ـ: اقتسما، وأخذ العامل حِصَّتَهُ.

وإِنْ كان المالُ عَرْضاً، أو كان نَاضًّا مِنْ غيرِ جِنْسِ رأسِ المال: فإن كان رأسُ المالِ دَرَاهِمَ، وفي يده دنانيرُ ـ: فهو كالعَرْضِ، وإِنْ كان فيه ربْحٌ أو طَمَعُ رِبْحٍ ـ: فللعاملِ بَيْعُهَا حتَّىٰ تَنِضَّ؛ فإن أبى ربُّ المالِ ـ: فلربِّ المال أن يكلِّفه البَيْعَ، وإِنْ قالَ العاملُ: أنا أؤخر البيعَ إِلَىٰ وَقْتِ الموسِمِ ـ: لربِّ المال ألاَّ يرضَىٰ؛ لأنَّ حَقَّهُ معجَّل، وعند مالك ـ رحمة الله عليه ـ: إن كان في البلدِ مَوْسِمٌ ـ: له أن يؤخِّر إلى الموسِمِ.

ثم إن كان نَقْدُ البلد مِنْ جنْسِ رَأسِ المال ـ: باعه به؛ فإن لم يكُنْ؛ فإِنْ رأى النَّظَرَ في بَيْعَه بِرَأْسِ المالِ ـ: باعه به، فإن لم يكُنْ: فإن أدعى النَّظَرَ في بيعه برأس المال ـ: باعه به، وإن رَأَىٰ في بيعه بِنَقْدِ البلدِ ـ: باعه به، ثمَّ صرفه في[1] جِنْسِ رَأْسِ المال، وإِنْ كان رَأْسُ المالِ صِحَاحاً، وحَصَلَ في يدِهِ المكسَّر: فإن وَجَدَ مَنْ يشتريه بالصِّحَاحِ بوَزْنِهِ ـ: باعه به، وإِنْ لم يَجِدْ ـ: باعه بغَيْرِ جِنْسِهِ، أَوْ بِعَرْضٍ، ثُمَّ يشتري بِهِ الصِّحَاحَ.

ولو قال ربُّ المال للعامِلِ: لا أَبِيعُ العَرْضَ، ولكنْ أقوِّمُهُ بِعَدْلَيْنِ، وأُعْطِيكَ قيمَةَ حِصَّتك، وأبى العامِلُ إلاَّ البَيْعَ ـ: فهل للعامِلِ بيعه؟ فيه وجهان؛ بناءً علَىٰ أنَّه متَىٰ يملك حصَّتَهُ مِنَ الربح؟ إن قلنا: يملكُ بنَفْسِ الظُّهورِ ـ: فله بيعُهُ، ولا يُجْبَرُ علَىٰ أخذه؛ لأنَّه ربَّما يقع راغبٌ، فيزيد في قيمته، وإن قلنا: يملك بعد المفاصلة ـ: يجبَرُ على أخْذِهِ، ولم يكُنْ له بيعُهُ؛ لأنَّهُ وصل إلى حقِّه.

وقيل: يجبر علَىٰ أخْذِهِ قولاً واحداً، كمن غرس في أرضِ رجُلٍ بإذنِهِ: فمتَىٰ أعطاه رَبُّ الأرضِ قيمةَ الغراسِ ـ: لزمَهُ الأخذُ.

ولو قال العاملُ: تركْتُ حَقِّي إليك، ولا أَبِيعُهُ، وفيه رِبْحٌ، وأَبَىٰ رَبُّ المالِ إلا البَيْعَ ـ: فهل يُجْبَرُ العاملُ على البَيْعِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يُجْبَرُ؛ لأنَّ البَيْع لحقِّ البائعِ؛ حتى يصلَ إِلَىٰ حَقِّه، فإذا ترك حقَّهُ ـ: لا يجبَرُ عليه.

والثَّاني: يُجْبَرُ؛ لأنَّه أخذ المال علَىٰ أن يَرُدَّ رأسَ المال نَاضًّا؛ كما أخذه.

وبعْضُ أصحابنا بَنَى الوجْهَيْن علَىٰ أنَّ العامل مَتَىٰ يملكُ الربْحَ؟ إِنْ قُلْنا: يملكُ بالظُّهور ـ: لزمه البَيْعُ؛ لأنَّ الزيادَةَ مِلْكُهُ؛ فلا يجبُ على ربِّ المال قَبُولُهُ، وإِنْ قلنا: لا

---

(١) في د: من.

يملكُ بالظُّهورِ، فإذا ترك حقَّهُ ـ: صار مَتْروكاً، لأنه ملك أنْ يملك، وقد تركه؛ كالشَّفيع: يسقط حقُّهُ بالعَفْو، وإنْ لم يكُنْ في المالِ رِبْحٌ ـ: كان لِرَبِّ المالِ إمْسَاكُ العُرُوضِ ومَنْعُ العَامِلِ مِنْ بيعه؛ لأنَّه لا حَقَّ له فيه، وهَلْ له إجْبَارُ العَامِلِ على بَيْعِهِ؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: لا؛ لأنَّه لا حَقَّ له فيه.

والثَّاني: له ذلك؛ لأنَّه ضَمِنَ تنضيض المالِ.

فإنْ قلنا: ليس له إجباره، أو اتفقا علَىٰ ألاَّ يُبَاعَ، وأخذ رَبُّ المالِ العَرْضِ؛ ثم ارتفَعَ السُّوق، وظهر فيه رِبْحٌ ـ: فهلْ للعامِلِ فيهِ نَصِيبٌ؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: بَلَىٰ؛ لأنَّه حصل بكَسْبِهِ.

والثَّاني: لا؛ لأنَّه رِبْحٌ حَصَلَ بعد ارتفاعِ الْقِرَاضِ.

ولَوْ قَارَضَهُ علَىٰ نَقْدٍ، فتصرَّف فيه العاملُ، ثم أبْطَلَ السُّلطانُ ذَلِكَ النَّقْدَ ـ: فعند المفاصلة ـ: يَرُدُّ النقْدَ الذي عَقَدَ عليه، ثم يقتسمان البَاقِيَ.

وقيل: يَرُدُّ من النَّقْدِ الذي حَدَثَ، وليس بشَيْءٍ؛ لأنَّه يُؤَدِّي إلَىٰ دخول الرِّبْحِ في رأسِ المالِ، أَوْ رَأسِ المَالِ في الرِّبْحِ.

وإذا فَسَخَ الْعَقْدَ، وهناك دَيْنٌ ـ: وجب على العامل أن يتقاضاهُ؛ لأنَّهُ دَخَلَ في العَقْدِ على أَنْ يَرُدَّ رأسَ المالِ، وإذا فسخ عَقْد القراض ـ: تباع جميعُ آلاتِ السَّفَرِ التي اشتراها بمالِ القِرَاضِ مِنَ السُّفْرَة والإدَاوَةِ والخُفِّ وغيرها؛ كسائر أموال الْقِرَاض.

وقال مالكٌ ـ رَحْمَةُ اللَّهِ عليه ـ: تكون الآلاتُ لرَبِّ المال، فإذا طلب أحدُهُما قسمةَ الربح قَبْلَ فسخ القراضِ ـ: لا يُجْبَرُ الآخر عليه؛ لأنَّه إنْ طلب رَبُّ المالِ ـ: يقولُ العاملُ: لا نأمَنُ أن نَخْسَرَ؛ فيحتاج إلى رَدِّ ما قسمنا[1]، وإنْ طلب العاملُ ـ: يقول ربُّ المال: الرِّبْحُ وقايةُ رأسِ[2] المالِ؛ فلا أعطيكَ حتَّىٰ تسلم إليَّ رأسَ المال، فإنِ اتَّفقا، وقَسَّمَا ـ: جاز؛ لأنَّ المنْعَ لحقِّهما، وقد رَضِيَا به، فإن ظهر بعده خُسْرَانٌ ـ: فعلَى العَامِلِ جَبْرُهُ مما أخذ؛ لأنَّه لا يستحقُّ الربْحَ إلاَّ بعد تسليمِ رأسِ المال.

فَصْلٌ في الاخْتِلاَفِ

إذا دفع مالاً إلى رَجُلٍ ليشتري شيئاً، ثم اختلفَا؛ فقالَ ربُّ المال: وكَّلْتُكَ لتشتري

---

(١) في د: قسمناه.

(٢) في د: رب.

لي، وقال العامل: [بل][١] قارضْتَني ـ: فالقولُ قَوْلُ ربِّ المال، ثم إنْ كان قَبْلَ التصرُّف ـ: ٱسترد المالَ، وإن كان بَعْدَ ما تصرَّف، وَرَبِحَ ـ: حلف ربُّ المال، وأخَذَ الكُلَّ ولا شيء للعامل.

ولو ٱتَّفقا على القِرَاضِ، فقال رَبُّ المالِ ـ: شرطْتُ لَكَ ثُلُثَ الربح، وقال العاملُ: بل نِصْفَ الربْحِ ـ: تحالَفَا، ثم العقْدُ مفسوخٌ، والربْحُ والخسرانُ كلُّه لَربِّ المال وعلَيْهِ، وللعامل عليه أجْرُ مثْلِ عمله؛ سواءٌ كان أقلَّ مِنْ نصْفِ الربْحِ أو أكثر.

وقيل: إن كان أجْرُ نِصْفِ المِثْلِ مِنْ نِصْفِ الربْحِ؛ فليس له إلاَّ نِصْفُ الرِّبْحِ؛ لأنه لا يدعي أكثَرَ مِنْ ذلك.

ولو ٱختلفا في رَأْسِ المالِ؛ فقال ربُّ المالِ: دفعْتُ إليك ألْفَيْنِ، وقال العاملُ: بل دَفَعْتَ ألْفاً، والفَضْلُ[٢] ربْحٌ ـ: فالقولُ قولُ العامِلِ مع يمينه؛ لأنَّه ٱختلافٌ في قَدْرِ المقبوض.

ولو اختلفا في أَصْلِ القَبْضِ ـ: كان القولُ قولَ العَامِلِ كذلك في قَدْرِ المقبوض؛ كالمتبايِعَيْنِ: إذا اختلفا في قَبْضِ الثمنِ ـ: كان القولُ قَوْلَ البائِعِ مع يمينِهِ؛ بخلاف ما لو ٱختلفا في قَدْرِ الرِّبْحِ المشْرُوطِ: يتحالَفَانِ؛ لأنَّه ٱختلاف في وصف[٣] العَقْد؛ كالمتبايِعَيْن؛ إذا اختلفا في قَدْر الثمن: تحالفا.

ولو ٱشترى العامِلُ عبداً، وفيه ربْحٌ، فقال ربُّ المال: ٱشتريتَهُ بمالِ القراضِ، وقال العاملُ: بل ٱشتريته بمالِي، أَوْ كان فيه خسرانٌ، فقال ربُّ المال: اشتريتَهُ بمالِكَ، فقال: بَلْ بمالِ القراضِ ـ: فالقولُ قولُ العامِلِ مع يمينه؛ لأنَّه أَعْرَفُ بما في ضميره.

ولو ٱشترىٰ عَبْداً، فقال ربُّ المالِ ـ: كُنْتُ نهيتُك عَنْ شرائه، وأنكر العامِلُ ـ: فالقولُ قولُ العامِلِ مع يمينه؛ لأن الأصْلَ عَدَمُ النهي، ولأنَّ هذا دعْوَىٰ خيانةٍ على العامل، والعاملُ أمينٌ.

ولو ٱختلفا في الربْحِ؛ فقال العاملُ: رَبِحتُ ألْفاً، وقال ربُّ المال: بَلْ ربحْتَ ألْفَيْنِ ـ: فالقولُ قولُ العاملِ مع يمينه؛ لأنَّه أمين.

فإنْ قال العاملُ: رَبِحتُ ألْفَيْنِ، ثم قال: غَلِطْتُ أو كَذَبْتُ في الرِّبْحِ؛ خَوْفاً من انتزاعِ المَالِ منِّي ـ: لا يقبَلُ رجوعه.

وقال مالك ـ رحمة الله عليه ـ: إنْ كان ثَمَّ موسمٌ ـ: ينتظره للتجارةِ والرِّبْحِ ـ: يُقْبَلُ قولُهُ.

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: الفاضل.
(٣) في أ: صفة.

ولو قال ـ بَعْدَما قال: غَلِطْتُ أو كَذَبْتُ في الربحِ ـ: كنت قد رَبِحْتُ، لكنْ خَسِرْتُ بعده ـ: يقبلُ قولُه؛ لأنَّ دعوى التَّلَف ـ: لا يَكْذِبُ إقراره، وقوله: «غلطت» ـ: لم يكُنْ تعدِّياً في المالِ حتَّىٰ لا يقبل قولُهُ بعده.

ولو ٱدعىٰ العَامِلُ تلف المالِ في يده ـ نُظِرَ: إن ٱدعىٰ تَلَفَهُ بأمْرٍ خَفِيٍّ مِنْ غصبٍ أو سرقة ـ: يقبَلُ قولُهُ مع يمينه، فإنِ ٱدَّعىٰ تلفَهُ بأَمْرٍ ظاهرٍ وقوعُهُ؛ من وقوعِ حريقٍ أو غَرِيقٍ ـ نُظِرَ. إنْ لم يُعْرَفْ ذلكَ بتلْكَ البَلَدِ ـ: لا يُقْبَلُ قولُهُ إلاَّ ببينة، وإن عُرِفَ، وعَمَّ ـ: قُبِلَ قولُه بلاَ يمينٍ، وإن وقع، ولم يَعُمَّ، وٱحتمل أنه لم يُصِبهُ ـ: قَبِلَ قولُهُ مع يمينه، والله أعلم.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيم

كِتَابُ المُسَاقَاةِ[1]

رُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، قَالَ: أَعْطَىٰ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - [خَيْبَرَ] اليَهُودَ أَنْ يُعْمِلُوهَا وَيَزْرَعُوهَا، وَلَهُمْ شَطْرُ مَا يَخْرُجُ منها[2].

المساقَاةُ: عَقْدٌ جائِزٌ؛ عند أكثر أهل العلم.

وهي: أنْ يدفع نخيلَهُ أو كَرْمَهُ إلىٰ رجُلٍ ليتعهَّده؛ علىٰ أنَّ ما يرزق اللَّهُ تعالَىٰ من الثمرة يكُونُ بينهما علَىٰ ما يتشارَطَانِ.

---

(١) المُسَاقَاةُ لُغةً: مفاعلة من السَّقي؛ لأن أهل «الحجاز» أكثر حاجة شجرهم إلى السقي؛ لأنهم يستقون من الآبار؛ فسميت بذلك.

ينظر: الصحاح ٦/ ٢٣٨٠، اللسان ٣/ ٢٠٤٤، المطلع ص (٢٦٢)، حاشية الباجوري ٢/ ٢٤، معجم مقياس اللغة ٣/ ٨٤.

واصطلاحاً:

عرفها الشافعية بأنها: دفع الشخص نَخْلاً، أو شجر عنب لمن يتعهّده بسقي، وتربية على أن له قدراً معلوماً من ثمره.

عرفها المالكيةُ بأنها: عقد على عمل مؤنة النبات، بقدر لا من غير غلته، لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل.

عرفها الحنفية: دفع الشجر إلى من يصلحه بجُزْء من ثمره.

عرفها الحنابلة بأنها: دفع الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه، وعمل سائر ما يحتاج إليه، بجزء معلوم له من ثمره.

ينظر: حاشية الباجوري ٢/ ٢٤، الخرشي ٦/ ٢٢٧، الدر ٢/ ٣٢٨، المطلع ص (٢٦٢)، المغني لابن قدامة ٥/ ٥٥٤.

(٢) تقدم تخريجه في الزكاة.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: لا تجوزُ المساقاةُ، وخالفه صاحبَاهُ والحديثُ حُجَّة عليه.

وهل يجوزُ علىٰ غَيْرِ النخيلِ والكُرُومِ مِنَ الأشجارِ؟ نُظِرَ: إن لم يكُنْ لها سَاقٌ؛ كالزروع والخَضْرَوَاتِ والبِطِّيخ والْقِثَّاءِ وقَصَبِ السُّكَّر، أو كان لها سَاقٌ؛ ولكنها لا تُثْمِرُ؛ كالصَّنَوْبَرِ[1]، والعَرْعَرِ[2] والخِلاَفِ ـ: لا تجوزُ المساقاة عليها؛ لأنَّ المساقاة إنَّما تَجُوزُ على شجرةٍ تبقَىٰ سنين لها ثمرةٌ تَحْصُلُ بتعهُّد العامل؛ فيكون جُزْءٌ منها للعامِلِ بإزاءِ عمله.

أما سائر الأشْجَارِ المثمرةِ؛ كالتِّينِ والتُّفَّاحِ والكُمَّثْرَىٰ والمُشْمُشِ ونحوِها ـ: ففيها قولان:

قال في القديم: تجوزُ المساقاةُ علَيْهَا؛ كالنَّخِيلِ والكُرُومِ[3].

وقال في الجديد ـ وهو الأصحُّ ـ: لا تجوزُ؛ بخلاف النخيلِ[4] والكروم؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما شَجَرٌ له ثَمَرٌ: تجبُ الزَّكَاةُ في ثمرها؛ فجوِّزتِ المساقاةُ فيهما؛ نظراً للمساكين، وربِّ المال، ولأنَّ النخيل والكُرُومَ ثمارُها عناقيدُ متدليَّة؛ فيمكنُ خَرْصُهَا والوقوف عليها، وسائرُ الأشجارِ ثمارُهَا متفرِّقةٌ في تضاعيفِ الأوراقِ، لا يمكن خَرْصُها والوقوفُ عليها.

وقيل: في الفِرْصاد قولان أيْضاً علَىٰ أوْرَاقها؛ لأنَّ أوْرَاقَهَا مقصودةٌ؛ كثمار غيرها.

وقال بعضُ أصحابنا: إنْ كان شَجَراً تُقْطَعُ أغصانُهَا في كُلِّ سنةٍ أوْ سنتَيْنِ؛ كالْخِلاَفِ، فساقاه علَىٰ أنْ تكونَ الأغصانُ بينهما نِصْفَيْنِ أوْ أثْلاثاً ـ: يجوزُ على القَوْلِ القديمِ، والمذهب: أنه لاَ يَجُوز.

وقال ابن سُرَيْج: تجوزُ المُسَاقاةُ في المُقْلِ؛ تخريجاً على قوله الجديد؛ لأنَّ ثَمَرَ المُقْلِ ظاهرٌ كثَمَرِ النخيلِ والكَرْمِ.

وفيه وجه آخر: أنه لا يجوز؛ لأنَّه لا زكاة فيها؛ كالخوخِ والمشمش.

ويجوزُ عَقْدُ المساقاة قَبْلَ خروجِ الثَّمَرةِ، ولا يجوزُ بعد خروجها وبُدُوِّ الصلاحِ فيها؛

---

(١) شجر من الفصيلة المخروطية الصنوبرية، يزرع لخشبه وللزينة ولبعض أنواعه بذور صغيرة لذيذة الطعم. وهو شجر جبلي. ينظر: المعجم الوسيط ١/ ٥٢٧.

(٢) جنس أشجار وحبات من فصيلة الصنوبريات فيه أنواع تصلح للأحراج وللتزين وأنواعه كثيرة. ينظر: المعجم الوسيط ٢/ ٦٠١.

(٣) في د: الكرم لا يحل واحد منهما.

(٤) سقط في د.

لأنَّ المساقاة عقد [غَرَر][1]؛ جوزت على الثمرة المعدومةِ للحاجةِ إِلَىٰ مَنْ يقومُ بتعهُّدها حتَّىٰ يخرج؛ فإذا خرجت ـ: زالَتِ الحاجةُ؛ فَلَمْ يَجُزْ، وهلْ يجوزُ بَعْدَ خروج الثمرة قبل بُدُوِّ الصلاحِ؟ فيها قولان:

أحدهما: لا يجوزُ؛ كما بعد بُدُوِّ الصلاح.

والثاني: يجوزُ؛ لأنَّ معظم العَمَلِ باقي.

ويشترطُ بيانُ المُدَّةِ في المساقاةِ، فلو قال: ساقَيْتُكَ مطلقاً، أو إلىٰ سنين، ولم يبيِّن ـ: لم يجزْ.

ويجبُ أن يبيِّن المدَّةَ بالسِّنين أو لأشْهُرِ: فإنْ قال: إلىٰ أوانِ الجذاذِ ـ: لم يصحَّ، ويجبُ أن يضربَ مدَّةً تُدْرِكُ الثمرة فيها غالباً، فإنْ ساقاه علَىٰ وَدِيٍّ إلىٰ مُدَّةٍ لا تثمرُ فيها، أَوْ لاَ تثمرُ غالباً ـ: لا يصحُّ، وإذا عمل العاملُ ـ: فهلْ يستحقُّ أجر المِثْل؟ فيه وجهان:

أحدهما ـ وبه قَالَ المُزَنِيّ ـ: لا يستحقُّ؛ لأنَّهُ رَضِيَ بالعمل بغَيْرِ عِوَضٍ.

والثاني ـ وهو قولُ ٱبْنِ سُرَيْجٍ، ـ رحمةُ الله عليه ـ: يستحقُّ؛ لأنَّ العمل في المساقاة يقتضي الْعِوَضَ؛ فلا يسقطُ برضَاهُ كالوطء في النكاح.

وإن ساقاه إِلَىٰ مُدَّةٍ تثمرُ غالباً ـ: صَحَّ، ثمَّ إن لم تثمرْ في تِلك المُدَّة ـ: لا يستحقُّ شيئاً؛ كما لو قارضه ولم يربح: لا يستحقُّ شيئاً.

وإنْ سَاقَاهُ إِلَىٰ مدَّة يحتملُ أَنْ تثمرَ فيها، ويحتملُ ألاَّ تُثْمِرَ فيها؟ ففيه وجهان:

أصحُّهما ـ وهو قولُ أبي إسْحَاقَ ـ: لا يَصِحُّ؛ لأنَّهُ عَقْد علَىٰ عوض غَيْر موجود، وليس الظاهر وجوده؛ كما لو أَسْلَمَ في معدومٍ إلى محلٍّ يحتملُ أن يوجَدَ فيه، ويحتملُ ألاَّ يوجد ـ: لا يصحُّ.

والثاني: يَصِحُّ؛ لأنَّه يقبلُ من الغَرَرِ ما لا يقبله السَّلَمِ؛ كالنخيلِ الكبَار: تجوزُ المساقَاةُ عليها، وإن ٱحتمل ألاَّ تثمر.

والأوّل أصحُّ؛ بخلاف الكبار؛ لأن الغالب والأصل: أنها تثمر إلا لعارضٍ؛ والوَدِيُّ بخلافه.

فإنْ قلنا: يصحُّ: فإن أثمرَتْ في تِلْكَ المدَّةِ ـ: يستحقُّ المشروط، وإن لم تُثْمِرْ ـ: لا يستحقُّ شيئاً؛ كما لو ساقاه إلى مُدَّةٍ تثمرُ فيها غالباً، فلم تثمرْ، وإنْ قلنا: لا يصحُّ ـ: يستحقُّ أجْرَ المثل، أثمرَتْ أو لم تُثمِرْ؛ لأنَّه إذا كانَ يجوزُ أن تُثمِرَ ـ: فلم يتطوَّع بالعمل.

---

(١) سقط في د.

وهلْ تجوزُ المساقاةُ أكْثَرَ مِنْ سَنَةٍ واحدةٍ؟ فيه أقوالٌ؛ كما في الإجَارَةِ، فإنْ جوَّزنا أكْثَرَ مِنْ سَنَةٍ ـ: وكانت الشجرة تُثمِرُ كلَّ سنةٍ ـ: هلْ يشترَطُ أنْ يبيِّن حصته كلَّ سنة أَمْ يَجُوزُ أن يَقُولَ؟ علَى النِّصْفِ، ثم يكونُ له نصْفُ ثَمَرِ كُلِّ سنةٍ ـ: ففيه وجهانِ؛ كما في الإجارة، فإنْ جوَّزنا أكثر مِنْ سَنَة: فإذا انقضَتِ المدَّة، ثم أطلعَتْ ـ: لا حَقَّ للعامل فيها؛ لأنَّها ثَمَرَةٌ حَدَثَتْ بَعْدَ الْمُدَّة، وإن انقضَتِ المدَّةُ، وهِيَ طَلْعٌ أو بَلَحٌ ـ: تعلَّق بها حَقُّهُ؛ لأنَّها حَدَثَتْ في المدَّة، ولو ساقاه خمْسَ سِنِينَ، وجوَّزنا، وشرط له ثَمَرة سنة بعَيْنها: إما السَّنَةَ الأُولَىٰ أو الأخيرةَ ـ نُظِر: إن كانت الشجرةُ ممَّا تُثْمِرُ كلَّ سنةٍ ـ: فلا يصحُّ؛ لأنَّها رُبَّمَا لا تثمر إلا تلْكَ السَّنَةَ؛ فلا يكونُ لربِّ المال شيءٌ أو ربَّما لا تثمرُ تلْكَ السَّنة؛ فلا يكونُ للعامِلِ شيءٌ، أما إذا كان الشجر وَدِيًا لا تثمرُ إلاَّ بعد خمس سنين، وجوَّزنا علىٰ أكْثَرَ من سنةٍ، وشرط له جزءاً معلُوماً مِنْ ثمرةِ السَّنَة الخامسةِ ـ: جاز؛ لأنَّه جعل له نصيباً مِنْ جميعِ الثمرةِ.

ويجوز العقد بلفظِ «المُسَاقَاةِ» بأن يقول «سَاقَيْتُكَ نَخِيلِي عَلَىٰ كَذَا»؛ لأنَّه لفظ موضوع له.

ويجوزُ بكلِّ لفظٍ يؤدِّي معناه؛ بأن يقول: «سَلَّمْتُ إلَيْكَ، أو دَفَعْتُ إِلَيْكَ نَخِيلي؛ لِتَتَعَهَّدَهَا عَلَىٰ كَذَا»، أو قال: «تَعَهَّدْ نَخِيلي عَلَىٰ كَذَا».

ولا يجوزُ بلفظِ «الإجارة»، فإن قال: ساقَيْتُكَ علىٰ أنَّ لك نصْفَ الثمرةِ أُجْرَةً ـ جاز؛ لأنَّ لفظ «المساقاة» قد سبق؛ فلا يضرُّ ذكْرُ الأجرة من بَعْدُ.

فَصْــلٌ

فلو ساقاه نَخيلاً، وبيْنَها بياضٌ لا يتوصَّل إلى سَقْي النخيل إلاَّ بسَقيه ـ: يجوزُ أن يزارعَه في البَيَاضِ، ويشترطُ له جزءاً معلوماً مِنَ الزَّرْعِ تَبَعاً للمساقاة؛ لأنَّ النبي ـ ﷺ ـ عامَلَ أَهْلَ «خيبر» علَىٰ نصْفِ الثمرة والزَّرْع، والمعنىٰ فيه: أنَّ سَقْيَ النخيل لا يمكنُ بدُونِ سَقْيِ الْبَيَاضِ، ولا يمكنُ إفْرَادُ البَيَاضِ بالعَقْدِ، فَدَعَتِ الحاجَةُ إِلَىٰ جوازِ العَقْدِ عليه تَبَعاً، فإنْ كان يتوصَّل إلى سَقْي النخيلِ دُونَ البياضِ ـ: لا تصحُّ المزارعةُ على البَيَاضِ.

وهلْ يُشْتَرَط أن يكونَ البَيَاضُ أقَلَّ من النخيل؟ فيه وجهان:

أحدهما: يشترطُ؛ لأنَّه تَبَعٌ، ولا يكونُ الأكثَرُ تبعاً للأقَلِّ.

والثاني ـ وهو الأصحُّ ـ: لا يشترطُ، بَلْ يَجُوزُ، وإنْ كان البَيَاضُ أكثر؛ لأنَّ الضرورة موجودةٌ في الحالتَيْنِ.

وينبغي أن يقدِّم لفظَ «المساقاة»؛ فإنْ[1] قدَّم لفظَ «المزارعة» فقال: زارَعْتُكَ على البياضِ، وساقَيْتُك على النخيلِ علَىٰ كَذَا ـ: لا يصحُّ؛ لأنَّ التابع لا يقدَّم على المتبوعِ؛ كما لو باعَ بِشَرْطِ الرَّهْنِ، فقدَّم لفظ «الرهن» على البيع ـ: لا يصح.

وينبغي أنْ يقُولَ: سَاقَيْتُكَ على كَذَا، «وزارَعْتُكَ» متَّصِلاً به، فلوْ ساقاه، ثُمَّ بعده زارَعَهُ منفرداً ـ: فيه[2] وجهان:

أصحُّهما: لا يجوزُ؛ لأنَّها تَبَعٌ، وقَدْ جعلها مقصوداً بالإفْرَادِ؛ كما لو زَارَع مَعَ غَيْرِ المُسَاقِي ـ: لا يجوزُ.

والثاني: يجوزُ؛ لأنَّهما حصلا لواحدٍ؛ كما لو جمع بينهما في العَقْدِ؛ نظيرُهُ: إذا باع الثمرة قَبْلَ بُدُوِّ الصلاحِ مِنْ مالك الشجرة.

وهلْ يحتاجُ إلَىٰ شَرْط القَلْعِ؟ فيه وجهان: الأصحُّ: يحتاجُ إليه.

ولو فاوت بَيْنَ العَقْدَيْنِ في نصيبِ العَامِلِ؛ فإنْ شرط له ثُلُث الثمرة، ورُبُع الزَّرْعِ ـ: هل يجوزُ؟ فيه وجهان:

أصحُّهُمَا: يَجُوزُ؛ لأنَّه بمنزلةِ عَقْدَيْنِ.

والثاني: لا يجوزُ؛ لأنهما إذَا تفاضلا ـ تميزاً؛ فلمْ يَكُنْ أحدُهُما تبعاً للآخر.

ولو زَرَعَ الْعَامِلُ البَيَاضَ مِنْ غير إذْنِ رَبِّ النخيلِ ـ: يقلع مجَّاناً.

وقال مالكٌ ـ رَحِمَهُ اللَّه علَيْه ـ: إنْ كَانَ البَيَاضُ أَقَلَّ مِنْ ثُلُثِ الحَائِطِ ـ دَخَلَ في العَقْدِ تَبَعاً، وفي المزارعة: يكُونُ البَذر على رب مال الحائط.

فلو شرط على العَامِلِ ـ: فهي مُخَابرةٌ.

وهلْ تَجُوزُ المُخَابَرَةُ؛ تبعاً للمساقاةِ؟ فيه وجْهَانِ:

أحدُهُما: يجوزُ؛ كالمزارعة.

والثاني ـ وهو الأصَحُّ، وهو المذهَبُ ـ: لاَ يجوزُ؛ بخلافِ المُزَارَعَة؛ لأنَّ السُّنَّة وردَتْ بها؛ ولأنَّ المزارعَةَ في مَعْنَىٰ المُسَاقَاةِ من حَيْثُ إنَّه لَيْسَ على العَامِلِ فيها إلاَّ العمَلُ، وفي المخابرةِ: يكونُ البذر على العامل.

ولو كان بَيْنَ النخيل أو في الكُرُوم أشجارٌ أخر؛ كالتُّفَّاح والمُشْمُشِ والسَّفَرْجَلِ ونحوها: قُلْنَا: لا تجوزُ المساقاةُ علَيْها على الانفرادِ، فهل تجوزُ تبعاً للنخيلِ والكرمِ؟

---

(١) في د: ولو.

(٢) في د: ففيه.

واختلف أصحابُنَا فيه: فمنهُمْ مَنْ قال: تجوزُ كالمزارعَةِ، ومنهُمْ من قال: لا تَجُوزُ؛ لأنَّ الأشجارَ أصُولٌ لا يتبعُ بعضُهَا بعْضاً؛ بخلاف البَيَاضِ، فإنَّه ليس بأصْلٍ ينتفعُ به وحدَه؛ فكان تَبَعاً للأشجارِ، فحيْثُ جوَّزنا المزارعةَ تَبعاً للمساقاةِ: فلو كان في البياضِ زَرْعٌ موجودٌ يَوْمَ العقدِ ـ: هل تجوزُ المزارعةُ عليه؟

فيه وجهان؛ بناءً علىٰ جواز المساقاة على الثمارِ الموجودة، وفيه قولان.

فَصْــــلٌ

ولا تصحُّ المساقاةُ حتَّىٰ يَجْعَلَ للعامل جزءاً معلوماً مِنَ الثمار، فيقولُ: ساقَيْتُكَ علَىٰ أَنَّ لك نصْفَ الثَّمَرَةِ، أو ثُلُثَهَا؛ فإنْ قال: لَكَ بَعْضُهَا، أو جزءٌ مِنْها ـ: لا يجوز؛ لأنه غيْرُ معلوم.

فإن قال: عَلَىٰ أنَّ الثمرةَ بينَنَا نصفانِ ـ: صَحَّ، وتكونُ بينهما سواءً، ولو قال: بَيْنَنَا، ولم يَزِدْ عليه ـ: فيه وجهان:

الأصحُّ: لا يجوزُ؛ لأنه يحتملُ المساواة، ويحتمل التفاوُتَ.

ولو قال: علَىٰ أنَّ لك ثُلُثَ الثمرةِ، ولم يَقُلْ: الباقي لِي ـ: صَحَّ، وكان الباقي لرب الحائط.

ولو قال: علَىٰ أنَّ لي ثُلُثَ الثمرة فيه وجهان:

أحدهما: يجوزُ، ويكون الباقي للعامِلِ.

والثاني ـ وهوَ الأصح، وبه قال المزنيُّ ـ: لا يصح؛ بخلاف الصورةِ الأُولَىٰ؛ لأنَّ ثَمَرَةَ الحائطِ كُلَّهَا لربِّ الحائط؛ فإذا بيَّن نصيبَ العاملِ ـ: تعيَّن الباقي له، وإذا أضافَ البَعْضَ إلى نفسه ـ: فلا يدلُّ علَىٰ أنَّ الباقي يكُونُ للعامل؛ كما ذكرنا في القِرَاضِ.

ولو ساقَاهُ على ثمرةِ نَخْلَةٍ بعينها ـ: لم يَجُزْ، [لأنَّهَا رُبَّمَا لا تَثْمُرُ تلكَ النَّخْلَةُ][1]، وكذلك: لو قال: عَلَىٰ أنَّ لك صَاعاً مِنَ الثَّمَرَةِ، والبَاقِي بيننا، أو على أن لي صاعاً والباقيَ بيننا ـ: لا يصحُّ؛ لأنه ربَّما لا يحصل إلا صَاعٌ؛ فلا يكون للآخرِ نصيبٌ.

ولو قال: [علَىٰ][2] أنَّ لك الثُّلُثَ، والبَاقِيَ بَيْنَنَا نصفان ـ: يصحُّ؛ كما ذكرنا في «القراض».

---

(١) في د: لأنها ربما لا تثمر إلا تلك النخلة أو لا تثمر تلك النخلة.

(٢) سقط في د.

ولو قال: ساقَيْتُكَ إلا على هذه النخلة ـ: جاز وصَحَّت المساقاةُ علىٰ نخيلِ الحائطِ سواها.

قلْتُ: ولو قال: ساقَيْتُكَ عَلَىٰ هَذِهِ النَّخْلَةِ الواحدةِ ـ: جاز؛ كما لو كان له حَائِطَانِ ساقى على أحدهما: يجوز.

ولو ساقَىٰ رجلاً عَلَىٰ أَنَّ جميعَ الثمرةِ للعاملِ ـ: لا يصح؛ فإذا عمل ـ: فله أجر المثلِ.

ولو ساقاهُ علَىٰ أَنَّ جميعَ الثمرةِ لربِّ النخيلِ ـ: لا يصحُّ أيضاً، وهلْ يَسْتَحِقُّ العَامِلُ أَجْرَ المثلِ؟ فيه وجهانِ:

أحدهما ـ وهو قولُ المُزَنِيِّ ـ: لا يستحقُّ؛ لأنَّه عمل مجَّاناً.

والثاني ـ وهُوَ قَوْلُ ابْنِ سُرَيْجٍ ـ: يستحقُّ.

ولو كان بَيْنَ رَجُلَيْنِ نَخِيلٌ لكُلِّ واحدٍ نصفُها، فساقَىٰ أحدُهُما صاحبَهُ عَلَىٰ أَنَّ للعاملِ ثُلُثَي الثمرة ـ: جاز؛ لأنه دفع إِلَيْهِ نصيبه؛ فساقاه علَىٰ أَنَّ له ثُلُثَ نصيبه.

ولو شرط للعاملِ ثلث الثمرة ـ: لا يجوز؛ لأنّ للعاملِ له نصْفُ الثمرة بحُكْمِ المِلْكِ؛ فكأن المساقي شَرَطَ أَنْ يَعْمَلَ له العامل، ويترك إليه مع العمل ثُلُثَ نصيبه مِنَ الثمرة؛ كما في القراض.

لو كان بينهما أَلْفانِ، قَارَضَ أحدُهُما صاحبَهُ، وشَرَطَ للعاملِ ثُلُثَ الربْحِ ـ: جاز، ولو شَرَطَ العامِلُ للآخَرِ الثلثَيْنِ ـ: لم يَجُزْ.

ثم في هذه الصُّورَةِ ـ: هَلْ يستحقُّ العاملُ فِي القراضِ والمساقاةِ أَجْرَ المِثْلِ؟ فعلىٰ وجهَيْنِ:

على قَوْلِ المُزَنِيِّ، وهُوَ الأَصَحُّ ـ: لا يستحقُّ؛ لأَنَّهُ عَمِلَ مَجَّاناً.

وعلَىٰ قول ابْنِ سُرَيْجٍ ـ: يستحقُّ.

ولو كان بينَهُمَا نَخِيلٌ، فساقىٰ كلُّ واحدٍ منهُمَا صَاحِبَهُ علَىٰ أَنْ يعملا معاً؛ علَىٰ أن يكونَ لأَحَدِهِمَا ثُلُثَا الثمرةِ، وللآخَرِ الثُّلُثُ ـ: فهذا فاسدٌ للاشتراكِ فِي العَمَلِ، والثمرةُ تكُونُ بينهما علَىٰ قَدْرِ الملكين، ثم إِنِ استويا في العَمَلِ ـ: لاَ شَيْءِ لأَحَدِهِما على الآخرِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ عمل لنفسه، وإن كان عَمِلَ أَحَدُهُمَا أَكْثَرَ ـ نُظِرَ: إِنْ كان عمل مَنْ شرط له الزِّيادة أَكْثَرَ ـ: يستحقُّ أَجْرَ مثْلِ تلْكَ الزِّيَادَةِ، وإن كان عملُهُ أَقَلَّ ـ: فالآخَرُ هلْ يستحقُّ أَجْرَ زيادة عمله؟ فعلَى الوجْهَيْنِ.

ولو كانَتْ بيْنَ رَجُلَيْنِ نخيلٌ، فعقد المساقاة مَعَ رَجُلٍ، وشرطا له ثُلُثَ الثمرةِ، أو رُبُعَ الثمرةِ ـ: جاز، وإن لم يعلم العاملُ، كَمْ نَصِيبُ كُلِّ واحدٍ من الحائط؟ فإن فاوتا، فقالا: علَىٰ أنَّ لك من نصيب أحدِنَا الثُّلُثَ، ومِنْ نصيبِ الآخَرِ الرُّبُعَ، ولم يبيِّنا: أَنَّ الثُّلُثَ مِن نصيبِ أيهما لم يجز، وإنْ بيَّنا أنَّ له الثلث من نصيب زَيْد، والربع من نصيب عمرو ـ نظر: إن علم العاملُ قَدْرَ نصيبِ كُلِّ واحدٍ من الحائط ـ: جاز، وإن لم يعلم ـ: لم يجز؛ لأنَّه لا يدري، كَمْ لَهُ من ثمرِ الحائطِ؟

ولو كانَتِ النخيلُ لواحدٍ، فساقى رجلَيْنِ، وشَرَطَ لأحَدِهِمَا نِصْفَ الثَّمْر، وللآخَرِ الثُّلُثَ، وبيَّنَ لِمَنِ النصْفُ، ولمن الثلثُ ـ: جاز، ولو كان في حائطه أنواعٌ مِنَ الثَّمْرِ ـ: دَقَلٍ[1] وعَجْوةٍ، وصَيْحَانِيٍّ، فساقىٰ رَجُلاً، وَشَرَطَ له نصْفَ الكلِّ، أو ثُلُثَ الكُلِّ ـ: جاز، وإن لم يعلَم العاملُ؛ كَمْ فيه مِنْ كُلِّ نوعٍ، وإن شَرَطَ له مِنْ بعضِ الأنواعِ النِّصْفَ، ومِنَ البعضِ الثلُثَ، وبيَّن ـ نُظِرَ: إن علما قدْرَ كُلِّ نوعٍ منها ـ: جاز، وإنْ جهلا أو أحَدُهُمَا ـ: لم يجز؛ كما لَوْ سَاقَاهُ في حائطَيْنِ علَىٰ أَنَّ لَهُ مِنْ أحدهما النِّصْفَ، ومن الآخر الثُّلُثَ، ولم يبيِّن ـ: لم يجز، وإن بيَّن فقال: ساقَيْتُكَ في هذَيْنِ الحائطَيْنِ علَىٰ أنَّ لك من هذا النصْفَ، ومن الآخر الثلثَ ـ: جاز.

ولو ساقَاهُ نَخِيلاً على النِّصْفِ عَلَىٰ أَنْ يُسَاقِيَهُ الْعَامِلُ حَائِطَهُ على الثلث، أو على أَنْ يساقيه رَبُّ النخيلِ حائطاً آخَرَ على الثلثِ ـ: لا يَصِحُّ؛ لأنه شرط عقد في عقد؛ كما لو قال: بِعْتُكَ عبدي بألْفٍ علَىٰ أَنْ تبيعَنِي عَبْدَكَ ـ: لا يصحُّ، وَهَلْ تصحُّ المساقاة الثانية؟ ـ نُظِرَ: إِنْ عقدها عَلَىٰ شَرْطِ العَقْدِ الأوَّلِ ـ: لا يصحُّ؛ وإلا فيصحُّ.

ولو ساقاهُ نخيلاً علَىٰ أنَّه إنْ ساقاها بِمَاء السماء ـ فله الثلثُ، وإنْ ساقاها بالنَّضْحِ ـ فله النِّصْفُ ـ: لا يصحُّ لأنَّه لا يدري بماذا يَسْتَحِقُّ؛ كما لو قارضَهُ دراهمَ علَىٰ أنَّه إنْ ربح على البحر فله النصْفُ، وإن رَبِحَ على البرِّ ـ فله الثُّلُثُ ـ: لا يَصِحُّ، وللعامِلِ أَجْرُ الْمِثْلِ.

وكُلُّ مَوْضِعٍ فَسَدَتِ المُسَاقَاةُ ـ: يستحقُّ العاملُ أَجْرَ المثل، وإن هلكت الثمارُ إلاَّ في موضعٍ واحدٍ اختلفوا فيه وهو: أن يكونَ العاملُ مُتَبَرِّعاً بالعمل؛ بأَنْ شَرَطَ جميعَ الثمرة لربِّ النخيلِ؛ فلا أَجْرَ له؛ علَىٰ أصحِّ الوجهين.

أما في المُسَاقاة الصحيحةِ، إذا هلكتِ الثمرةُ ـ: فلا شيء للعامل؛ لأنَّ في المساقاةِ الصحيحة حَقَّ العاملِ في الثمرِ، فإذا هلكَتِ الثمرةُ: لا شيء له، وفي الفاسد حَقُّهُ في ذمَّة ربِّ النخيل؛ فلا يسقط بهلاك الثمرة.

---

(١) الدَّقَلُ: أردأُ الثمر. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٢٩٠).

ولو ساقاه نخيلاً سنة، فأدركَتِ الثمرةُ قَبْلَ مضيِّها ـ: يجبُ على العاملِ أن يَعْمَلَ في الحائط بقيَّةَ المدَّةِ، ولا أُجْرَةَ له سوَىٰ المشْرُوط من الثمرة، وإن تَمَّتِ السنةُ، ولم تدركِ الثمرةُ: فإن كانت طَلْعاً أو بَلَحاً ـ: فعلَىٰ رَبِّ المال تعهُّدها حتى تدركَ ويأْخُذ العاملُ منها حقَّهُ، وإن لم تُطْلِعْ حتَّى انقضَت المدَّةُ ـ: فلا حَقَّ للعامل فيها.

ولو استأجر رَجُلاً؛ ليتعهَّد نخيله علَىٰ مالٍ معلومٍ ـ: جازَ؛ سواءٌ كان بَعْدَ خروجِ الثمرةِ أو قَبْلَهَا.

أمَّا إذا استأجَرَهُ علَىٰ جُزْءٍ من ثَمَرِ تلْكَ النخيلِ ينظر: إنْ كان قَبْلَ خروج الثمرة ـ: لا يجوزُ، سواءٌ شَرَطَ له ثمرةَ نخلَةٍ بعينها أو شَرَطَ له جُزْءاً شائعاً؛ لأنَّ الإجَارَةَ صِنْفٌ من البُيُوعِ؛ فلا يجوز إلاَّ على معلومٍ موجودٍ، والمساقاةُ معاملةٌ علَىٰ أصْلٍ يَعْمَلُ فيه؛ ليكونَ لَهْ جزءٌ ممَّا يظهر بعمله؛ كالقراضِ.

وإنْ كان بَعْدَ خروجِ الثمرةِ ـ نُظر: إن كان بعد بُدُوِّ الصلاح في الثمرة ـ: جاز، سواءٌ شرط له جزءاً شائعاً أو ثمرَةَ نخلةٍ بعينها.

وإن كان قبل بُدُوِّ الصَّلاح: فإن[1] شرط له ثمرةَ نخلةٍ بعينها ـ: جازَ بشَرْطِ القَطْعِ، وإن لم يشرطِ القَطْعَ ـ: لم يَجُزْ؛ كبَيْعِ الثمرةِ قبل بُدُوِّ الصَّلاحِ، وإنْ شرط له جزءاً شائعاً ـ: لم يَجُزْ، وإنْ شرط القَطْع؛ لأنه لا يمكنُ قَطْعُ بَعْضِها شائعاً إلاَّ بقَطْعِ الكُلِّ.

فَصْــلٌ

كُلُّ عمل يتكرَّر كُلَّ سَنَةٍ في الحائطِ، وفيه مستَزَادٌ في الثمرةِ ـ: يجبُ ذلك على العامِلِ في المساقاة؛ مثل: إصلاحِ طريقِ الماءِ وتنقية السَّواقي وتنقية البئْر وإدارة الدُّولاَبِ[2] والسَّقْي وتَصْريفِ الجريدِ وقَطْعِ الحشيشِ المُضِرِّ وإبار النخيل، وهَلْ يجبُ شَرْطُهُ في العقد؟

قيل: يجبُ.

والأصحُّ: لا يجبُ؛ ومطلقُ العقدِ يقتضيه.

ولو شرط شيء من ذلك على ربِّ النخيل ـ: بَطَل العَقْد، أمَّا ما فيه حِفْظُ الأصْلِ؛ مِثْلُ: سَدِّ الْحيطانِ وحَفْر النهرِ الجَدِيدِ والْبِئْرِ وعملِ الدُّولابِ ـ: فهي على رَبِّ النخيل، ولو شرط شيء من ذلك على العامل ـ: بطل العَقْد، ولو فعله العامل بغَيْر إذْنِ رَبِّ النخيل ـ: لم

---

(١) في د: أو.

(٢) الدُّولابُ: الآلة التي تديرها الدَّابة ليستقي بها. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٣٠٤).

يستحقُّ شيئاً، وإن فعَل بإذنه ـ: استحقَّ أجْرَ المثل، وتكريبُ[1] الأرضِ وإدارتُهَا في الزِّراعةِ على العاملِ؛ كقطْع الحشيش، وتجبُ الآلاتُ؛ كالفَأْسِ والمِنجَلِ والمِعْول والثِّيران[2]، على رَبِّ الحائطِ، وقيل الثيران والفَدَّان[3] علَىٰ مَنْ شُرِطَ عليه منهما، فإن سكتا عَنْ شرطه ـ: لم يصحَّ العَقْدُ.

واختلف أصحابنا في الجذاذِ واللِّقَاط:

فمنهم مَنْ قال: يلزمُ العاملَ؛ لأنَّه لا تستغني عَنْهُ الثمرةُ؛ كإبار النخيلِ، ومنْهُمْ مَنْ قال: لا يلزمُهُ؛ لأنَّه يحتاجُ إلَيْه بعد تكامُلِ الثمارِ، وهَلْ يجبُ على العاملِ حفْظُ الثِّمَارِ عَنِ الطُّيُور؟ فيه وجهان:

ويجبُ حفْظُ الأمتعة.

وقيلَ: لا يجبُ عليه حفظُهُ عن اللُّصُوصِ، بَلْ عَلَىٰ كُلِّ واحدٍ حِفْظ نصيبِهِ، وهَلْ على العامِلِ وضْعُ الْجِدارِ على الجدارِ؟ فيه وجهان.

والخراجُ يكونُ علَىٰ رَبِّ الحائطِ، والتعريشُ[4] على العامل، إن كان فيه مستَزَادٌ في الثمرة، وكل عمل يلزمُ العَامِلَ.

ولو استأجر رَبَّ النخيل عَلَىٰ أنْ يعمله ـ: جاز، ولو ساقاهُ نَخِيلاً علَىٰ أنْ يعمل فِيهِ جميعاً ـ: لم يصحَّ؛ كما في القراضِ، أوْ شرط رَبُّ المال أنْ يَعْمَلَ فيه ـ: لم يصحَّ.

ولَوْ شرط العاملُ علَىٰ رَبِّ النخيلِ غِلْمَاناً يعمَلُونَ معه ـ: نَصَّ علَىٰ جوازه، وقدْ ذكرنا في القراضِ وجهين: فمن أصحابِنَا مَنْ جعل فِي المُساقاةِ أيْضاً ـ وجهَيْنِ؛ كالقراض.

أحدُهُما: لا يجوزُ؛ لأنَّ عمل الغُلَامِ كعَمَلِ ربِّ المال، فإذا لم يَجُزْ شَرْطُ عملِ ربِّ المال ـ: لم يجز شرط عمل غلامه، والمراد من النصِّ الأعمالُ التي تلزم رَبَّ المال مِنْ سَدِّ الْحِيطَانِ وحَفْرِ الأنهارِ ونحوها؛ لا أنها تلزمُ العامِلِ.

والوجْهُ الثاني: يجوزُ فيما يَلْزَمُ العاملَ؛ لأن غلامَهُ مالُهُ؛ فجاز أن يجعله تابعاً لماله؛ كالثَّوْر في عمل الدَّوْلَابِ والْحِمارِ لحملُ المَتَاعَ؛ بخلافِ رَبِّ المالِ؛ فإنه مالكٌ لا يجعلُ تَابِعاً لماله.

---

(١) تكريب الأرض: تقليبها وإثارتها للزرع. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٧٨٧).

(٢) في د: النيران.

(٣) الفَدَّان: هو المحراث، أو النِّيرُ على عُنُقِ الثَّوْرَيْنِ للحرث. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٦٨٤).

(٤) التعريش: عَرَشَ، عَرَّش الكرمَ: رفع أغصانه على الخشب. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٥٩٩).

ومِنْهُمْ مَنْ قَالَ في «المُسَاقَاة»: يَجُوزُ وجهاً واحداً؛ لأنَّ في المساقاةِ: يكونُ بعضُ الأعمالِ علَىٰ رَبِّ المالِ؛ فلا ينفردُ به العاملُ باليَدِ؛ فَجَازَ أنْ يشترطَ فيها عمل غلامه، ولَيْسَ علَىٰ رَبِّ الْمَالِ في القراضِ عَمَلٌ؛ فلا يجوزُ شَرْطُ عَمَلِ الْغُلَامِ فيه، وليس كما لَوْ شَرَطَ أَنْ يعملَ مَعَهُ رَبُّ النخيلِ ـ: لم يجز؛ لأنَّ رَبَّ النخيلِ، إذا دخل معه ـ: يكون أصلاً، ويكونُ اليد له، والغلمانُ يكونُونَ تَحْتَ يَدِ الْعَامِلِ؛ يُصَرِّفُهُمْ كَيْفَ يشاءُ، فلا تكونُ اليَدُ لهم؛ بدليلِ أنهما لو تنازَعَا في شَيءٍ، وكان الشَّيءُ في يد العاملِ ـ: كان القَوْلُ قَوْلَ العامل.

فإنْ قلْنا: يجوز ـ: لم يصحَّ حتَّىٰ يعرف الغلمان بالرؤية أو بالوَصْفِ.

ويجبُ أَنْ يكُونَ الغلمانُ تَحْتَ أَمْرِ العامل؛ فإنْ جعل التدبير إلَى الغلمانِ ـ: لم يجز؛ لأنَّ العامل ـ حينئذٍ ـ يكونُ تبعاً، ولا يكونُ متبوعاً، ونَفَقَةُ الْغِلْمَانِ علىٰ ما يَتَشَارَطَانِ؛ فإن شرطا على العَامِلِ ـ: جاز؛ لأنَّهم أعوانٌ له، وإنْ أطلقا ـ: فالنفقةُ علَىٰ رَبِّ النخيل؛ لأنَّه مالكهم.

وعند مالك ـ رحمة الله عليه ـ: على العامل، وإذا شرطا على العامِلِ، هل يشترطُ بيانُ قَدْرِهَا؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: يشترطُ أَنْ يبيِّنَ نفقة كلِّ يومٍ من الخُبْزِ والإدامِ.

والثاني: لا يشتَرطُ، بلْ عَلَى العادةِ؛ لأنَّ العمَلَ مجهولٌ؛ كذا النفقةُ: جاز ألا تكونَ معلومة.

ولو شرط نفقتهم في الثمارِ ـ: لا يجوز؛ لأنَّ ما يبقَىٰ يكونُ مجهولاً، ثُمَّ بَعْدَ فراغِ الغلمانِ مِنْ عَمَلِ الحائط: ليس للعامِلِ أَنْ يستعملهم في عَمَلِ نفْسِهِ، ولو شرط ذلك ـ: بَطَلَ العَقْد؛ لأنه شرط لنفسه جُزْءاً مِنَ الثَّمَرَةِ، مع عَمَلِ الغلامِ.

ولو شَرَط الْعَامِلُ أن يعمل معه غِلْمَانُهُ، أو يستأجِرَ أُجَرَاءَ يعملُونَ مَعه، وتكونُ نَفَقَةُ الغِلْمَانِ وأُجْرَةُ الأُجَرَاءِ مِنَ الثَّمرة ـ: لا يصحُّ؛ لأنه مجهولٌ، ولأنَّ مقتضى المُسَاقَاةِ، أن يكُونَ العَمَلُ على العاملِ؛ فإذا شرط أن يَعْمَلَ معه غيرُهُ، ويكون أجرته مِنَ الثَّمرة ـ: فقد أَسْقَطَ عن نفسه بَعْضَ ما يلزمه مِنَ العَمَلِ؛ بخلاف ما لو شَرَطَ فِي القِرَاضِ أُجْرَةَ الأُجَرَاءِ؛ مثلُ: الدَّلَّالِ والحَمَّال والمُنَادِي مِنْ مال القراضِ: جاز؛ لأنَّ مؤنةَ هَذِهِ الأعمال: تكُونُ في مالِ القراضِ عِنْد إطْلَاق العَقْد؛ فلا يتعيَّن بالشرط حُكْمُ العَقْد.

وإذا كان له حائطٌ له فيه غلمانٌ يعملون فَسَاقَىٰ رجلاً ـ: لا يدخل الغلمانُ فيه؛ لأنَّ قصْدَهُ تَفْرِيغُ الغلمانِ لِشغل آخَرَ.

وعند مالك ـ رحمة الله عليه ـ: يدخُلُ الغلمانُ فِي العَقْدِ.

فَصْـــلٌ

عَقْدُ المساقاةِ: عَقْدٌ لازمٌ، فبعد تَمَامِ العقد: لا يجوزُ لأحَدِهِمَا فَسْخُهُ؛ لأنَّ النَّمَاءَ فيه متأَخِّرٌ، فلو قُلْنَا: يملك الفَسْخ ـ: لم نأمَنْ أن يفسخ بَعْدَ العَمَلِ قَبْلَ حصولِ الثمرةِ؛ فيضيع عَمَلُ العاملِ، والعاملُ يملكُ نصيبَهُ مِنَ الثمار بِنَفْسِ الظهورِ، حتَّىٰ يجبَ علَيْهِ زكاةُ نصيبه مِنَ الثمار، إذا كان مَجمُوعُ الثمر نِصَاباً؛ بخلافِ الْقِرَاضِ: لا يَمْلِكُ العاملُ فِيهِ حِصَّتَهُ مِنَ الرِّبْحِ بِنَفْسِ الظُّهور؛ علَىٰ أَصحِّ القولينِ، ولا يَجِبُ عليه زكاةُ نصيبه، حتَّىٰ يقتسما؛ لأنَّ الرِّبْحَ في القراض وقاية لرأس المال لا يستقر عليه مِلْكُ العاملِ، مَا لم يَقْتَسِمَا بدليل أنَّه لو خَسِرَ بعدما رَبِحَ ـ: لم يكُنْ لِلْعَامِلِ فيه نصيبٌ، والثمرة في المساقاة لَيْسَتْ وقايةً لرأسِ المال؛ بدليل أنَّه لو تَلِفَ جميعُهَا إلاَّ قليلاً ـ: كان ذلك القليلُ بينهما.

فلو هَرَبَ العاملُ في المساقاةِ، أو مَرِضَ، فإنْ تبرَّع المالكُ بالعَمَلِ وبالنفقة: فإذَا رَجَعَ العاملُ ـ: أَخَذَ نصيبَهُ من الثمرة، ولم يَرْجِعَ المالكُ عليه بما أنفَقَ، وإنْ لم يَتَبَرَّعْ ـ: رفع الأَمْرَ إلى الحاكم، حتى يستأْجِرَ من مالِ العاملِ مَنْ يكمل عَمَلَهُ، وإنْ لم يجدْ له مالاً؛ فَإِنْ كان بعد بُدُوِّ الصلاحِ في الثمار ـ: باع بعْضَ نصيبِ العاملِ، إمَّا مِنْ رَبِّ المَالِ أو مِنْ غيره، فإن احتاجَ إِلَىٰ بيْعِ كلِّه ـ: باع كلَّه واستأجر مَنْ يعمل فيه.

وإنْ كان قَبْلَ خروجِ الثمرةِ، أو قَبْلَ بُدُوِّ الصَّلاَحِ ـ: لا يمكنُ بَيْعُ بعضِهِ، فيستقرضُ عليه مِنْ رَجُلٍ، أو مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، وعلى العَامِلِ أداؤُهُ إذا رجع أو يَقْضِي من الثمرة، إذا أدْرَكَتْ.

ولو استَقْرَضَ الحاكِمُ مِنْ رَبِّ النَّخِيلِ مَالاً، فأَنْفَقَ منه ـ: جاز، ثم رجع على العامل أو أخذ من نصيبِهِ من الثمرة.

ولو أَنْفَقَ ربُّ النخيل ليرجع عليه، أو عمل فيه بنفسه لِيرجع ـ نظر: إنْ فعل بغير أمْرِ الحاكِمِ وهناك حاكِمٌ ـ: فهو متبرِّعٌ لا يرجع.

وإنْ لم يقدر علَىٰ حاكمٍ: فإن أشهد؛ المذهَبُ: أنه يرجِعُ؛ لأنَّهُ مَوْضِعُ ضَرُورَةٍ، وإنْ لَمْ يُشْهِدْ ـ: فلا يرجع، إنْ أمكنه الإشهادُ، فإن لم يمكنه الإشهادُ ـ: فعلَىٰ وجهين.

وإن أنفق بأمر الحاكم ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: يرجع؛ لأنه فَعَلَ بإذنِ مَنْ إليه الأمر.

والثاني: لا يرجعُ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ فِي حَقِّ نفسه، بَلْ يَجِبُ أن يدفع المالَ إِلَى الحَاكِمِ ليدفع إلى غيره؛ فينفق عليه؟

وإن لَمْ يَجِد الحاكمُ من يستقرضُ مِنْهُ، ولم يكُنْ في بيتِ المالِ مالٌ ـ ينظر: إن كان قَبْلَ خروجِ الثمَرَةِ ـ: للمالكِ أَنْ يفسخ العقد؛ لأنه تعذَّر ٱستيفاءُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، كما لو ٱشْتَرَىٰ عَبْداً، فأَبَقَ مِنْ يَدِ البائع ـ: وللعامل أَجْرُ مِثْلِ ما عمل.

وإِنْ كان بَعْدَ خروجِ الثمرة ـ: فهي مشتركَةٌ بَيْنَ رَبِّ المال والعامل.

وإن كان بعد بُدُوِّ الصلاح ـ: يباع نصيبُ العاملِ: إمَّا من رب النَّخِيلِ، أَو مِن غيره، فإِنْ لم يُوجَدْ من يشتري، أَوْ كَانَ قَبْلَ بُدُوِّ الصلاحِ ـ: لا يمكنُ بَيْعُ نصيبِ العاملِ؛ لأنَّ بيع الثمرة قَبْلَ بُدُوِّ الصلاح ـ: لا يجوز إلاَّ بشرطِ القَطْعِ، ولا يمكنُ قَطْعُ بعضه؛ إلاَّ بِقَطْعِ كُلِّهِ، فيتركُ حَتَّىٰ يَبْدُوَ الصلاحُ، أو يصطلحا على شَيْءٍ.

وإذا ظهر من العامِلِ خِيَانَةٌ ـ: فلا فَسْخَ لِرَبِّ المَالِ؛ لأنَّه عَقْدٌ لاَزِمٌ، ونَصَّ ـ ههنا ـ أنَّه يكارى عَلَيْهِ مَنْ يعملُ عنه، وقال في موضِعٍ آخَرَ ـ: يضم إليه أمين، وأُجْرَتُهُ على العَامِلِ:

فَمِنْ أصحابنا من قال فيه: قولان.

ومنهم مَنْ قال ـ: هِيَ على حالَيْنِ: فإِنْ كان العامل قَوِيًّا لا يَقْدِرُ الأمينُ علىٰ منعه من الخيانةِ ـ: ينتزعُ من يده، ويُمْنَعُ مِنْ دخولِ الحائِطِ، ويكتري عليه مَنْ يعملُ عنه، والأُجْرَةُ عليه، وإن قَدَرَ الأَمِينُ علَىٰ مَنْعِهِ ـ: ضمَّ إليه أمينٌ، وإِنْ توهَّم الخيانة ـ: لا يتكارىٰ عليه، ما لم يظهر.

ولو ماتَ العاملُ أَوْ رَبُّ النخيلِ أو هما ـ: لا ينفسخُ العَقْدُ، إلاَّ أَنَّ العامِلَ إذا ماتَ ـ: فإِنْ أَتَمَّ وارثه العَمَلَ، أو ٱستأجر مِنْ تركته مَنْ يتمُّ العمل ـ: جاز، ويستحقُّ نصيبَهُ، وإِنْ لم يعملِ الوارثُ ـ: لا يجبر عليه؛ لأنَّ المعاقَدَةَ لم تَجْرِ معه، بل يكتَرِي الحَاكِمُ مِنْ تَرِكَتِهِ مَنْ يتمُّ العمل؛ كما لو كان علَيْهِ دَيْنٌ يؤَدَّىٰ مِنْ تركته، وإن لم تكن له تركة ـ: لا يستدانُ على الميِّت؛ لأنه لا ذِمَّةَ له، ولرَبِّ النَّخْلِ فَسْخُ الْعَقْدِ، إنْ كَانَ قَبْلَ خُرُوجِ الثمرة، وإِنْ كانَ بَعْدَ خُرُوجِهَا ـ: فهي مشتركةٌ بَيْنَ المَالِكِ والْعَامِلِ؛ فيباعُ نَصِيبُ الْعَامِلِ، إنْ كانَ بَعْدَ بُدُوِّ الصلاحِ؛ كما ذكرنا في هَرَبِ العامل.

وإذا ماتَ رَبُّ النخيلِ ـ: يُتمُّ العاملُ العَمَلَ، ويأخذ حقّه.

ولو[1] ٱحْتَاجَ إليها ـ نظر: إن ٱحتاج كلَّها ـ: ٱنفسخ العَقْدُ، ولا شَيْءَ للعامل، وإِنِ ٱحْتَاجَ بَعْضَهَا ـ: فالعاملُ بالخيارِ بَيْنَ أن يفسخ العَقْدَ، ولا شيْء له، وبَيْنَ أن يُجِيزَ، ويتمَّ العقد، ولَهُ حِصَّتُهُ ممَّا بقي.

---

(١) في ظ: وا .

ولو ظهر لِلنَّخِيلِ مُسْتَحِقٌّ ـ: أَخَذَهَا المُسْتَحِقُّ مع الثِّمَارِ، ولا شَيْء عليه، ويرجعُ العاملُ علَىٰ مَنْ ساقاه بأَجْرِ مِثْلِ عمله؛ لأنَّه غَرَّهُ؛ كَمَنْ غَصَبَ نُقْرَةً مِنْ إنسانٍ، فدفعها إلى آخرَ، حتَّىٰ طَبَعَهَا دراهم ـ: أخذ المغصوبُ مِنْهُ الدراهمَ، ويرجعُ الطابعُ على الغاصِبِ بالأُجْرَة:

وإنْ كانَتِ الثمرةُ تَالِفَةً؛ فإن كانا قَدِ اقتسماها، فأكلاها، وتلفَتْ في أيدِيهِمَا ـ: فالمستَحِقُّ بالخيار بَيْنَ أَنْ يُغَرِّمَ الدافعَ أو العامل: فإِنْ غَرَّمَ الدافعَ ـ: له أن يطالِبَهُ بجميعِ قيمةِ الثمرة، وإن تلف شَيْءٌ من أصول النخـل ـ: يطالب[1] بضمانه، وإن غَرَّمَ العامِلَ، كم يغرمه؟

ظاهرُ كلامِ المزنيِّ ـ: أنَّه يغرِّمُ قيمةَ النصْفِ الذي شَرطُ له؛ اختلف أصحابُنَا فيه:

فمنهُمْ مَنْ قال ـ وهو الأصحُّ ـ: الأمر كما ذكر المزنيُّ؛ أنه يغرِّمُهُ نصْفَ الثمر المشروطِ له؛ لأنَّه أخذ ذَلِكَ النصْفَ بعَقْدِ معاوضةٍ، وتلف في يده؛ فيلزمه ضمانُهُ، وبَعْدَ ما غرم: لا يرجعُ على الدَّافع بما غرم، بل يأخذ منه أَجْرَ مِثْلِ عمله، أما النِّصْفُ الآخَرُ: لم يكُنْ في يد العاملِ؛ وكذلك: أصولُ الأشجارِ؛ بدليلِ أنَّه لا يلزمه[2] حِفْظُها، ولو جعل في يده ـ: لزمه حفظُهَا؛ كما يلزم العاملَ في القراضِ حِفْظُ مال القراض ـ: فعلَىٰ هذا: يأخُذُ ضمانَ النِّصْفِ الآخَرِ، وضمانَ أصولِ الأشجارِ مِنَ الدافع؛ لأنه الغاصب، ولم يكنْ لَهُ مطالَبَةُ العَامِلِ به، وإذا أخذ الكُلَّ مِنَ الدَّافِعِ ـ: فهو يرجعُ على العامل بنصْفِ قيمةِ الثَّمرة.

ومن أصحابنا من قال: يجوزُ للمستَحِقِّ أن يغرِّم العامل جميع قيمةَ الثمرة، وما تلف من أصول الأشجار؛ لأنَّهَا كانَتْ في يده مِنْ طريق المشاهدة؛ فتصرَّفُ فيها؛ كالعامِلِ في القِرَاض، إذا هَلَكَ المالُ في يده، وخرج مستَحَقًّا ـ يغرِّمه المستَحِقُّ كُلَّهُ؛ فعلَىٰ هذا: إذا غرم العاملُ المستحقَّ كلَّه ـ: لم يرجعِ العاملُ على الدافع بقيمةِ النِّصْفِ الذي أخذه؛ عوضاً عَنْ عمله، وهَلْ يرجعُ بالنصف الآخَرِ؟ فيه وجهان:

قال الشيخُ[3]:

أحدُهُما: يرجعُ؛ كالمستودع مِنَ الغاصب إذا ضمن: يرجع على الغاصب.

والثَّاني: لا يَرْجِعُ؛ لأنَّهُ كَانَ يَحْفَظُ ويتصرَّف لِحَقِّ نفسِهِ؛ بخلافِ المُسْتَوْدَعِ، وإنْ غرم الدافع كلَّها ـ: رجَعَ الدَّافِعُ على العامل بالنِّصْفِ.

---

(١) في أ: وطالبه.

(٢) في أ: يكلفه.

(٣) سقط في د.

فَصْــــلٌ

إذا ٱختلف العَامِلُ وَرَبُّ النَّخِيل في العوضِ المشروطِ، فقال العاملُ: شَرَطْتَ لي النصْفَ، وقال رَبُّ النخيلِ: شَرَطْتُ الثلثَ ـ: تحالفا، وبعد التحالُفِ: للعامل أَجْرُ مثْلِ عمله؛ سواءٌ كان أَكْثَرَ مِمَّا أَقَرَّ به رَبُّ النَّخِيلِ، أو أقلَّ، وإنْ أَقَامَ أَحدُهُمَا بيِّنَةً ـ: قَضَىٰ له، وإنْ أقام كُلُّ واحدٍ بيِّنَتَهُ ـ: ففي قول: يتهاتَرَانِ[1]، وهو الأَصَحُّ؛ فعلَى هذا: يتحالَفَانِ، وفي قولٍ: يستعملان، فعلَىٰ هذا: يُقْرَعُ بينهما؛ فمن خرجَتْ له القرعةُ ـ: قضى له، ولا يأتي قولُ الوَقْفِ والقسمةِ.

وقِيلَ: يأْتِي قولُ الْقِسْمَة، فيجعل السدس المختلَفَ فيه بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، ولو ساقاه رجلانِ، ثم ٱختلفوا؛ فقال العامل: شرطْتُمَا لي النصْفَ، فصدَّقه أحدُهُما، وكذَّبه الآخَرُ، وقال: بلِ الثُّلُثَ ـ: يأْخُذُ العاملُ النصْفَ مِنْ نصيب المُصَدِّقِ، وهو مع المكذِّب: يتحالفانِ، وبعد الحلِفِ: يأخذ منه أَجْرَ مِثْلِ عمله، ولا شيءَ له من نصيبه من الثمر، ولو شهد المُصَدِّقُ للعامِلِ ـ: قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ، فيحلف معه العَامِلُ، ويأخذ النصْفَ؛ وكذلك: لو شهد لشريكه أنه سَاقَاهُ على الثُّلُثِ ـ: يقبل.

ولو أنكرا جميعاً، ثم شهد أحدُهما لصاحبه مَعَ نَفْسِهِ، فقال سَاقَيْنَاهُ على الثلث ـ: فشهادته في حَقِّ نفسه باطلةٌ، وهل يبطُلُ في حَقِّ صاحبه؟ فعلَىٰ قولَيْ تبعيضِ الشهادةِ.

ولو أدعَىٰ رَبُّ النخيل على العامِلِ خيانةً ـ: لا يسمَعُ حتَّى يُبَيِّنَ قَدْرَ الخيانَةِ، فإذا بيَّنَ، وأنكر العاملُ ـ: فالقولُ قولُ العامِلِ مع يمينه.

وكذلك: لو ٱدَّعَىٰ هلاكَ شَيْءٍ من المالِ ـ: قُبِلَ قولُهُ مع يمينه؛ لأنَّه أمين، واللَّهُ أَعْلَمُ[2].

---

(١) التَّهَاتُر: الشهادات التي يكذب بعضها بعضاً، والمُهَاتَرَةُ: القول الذي ينقض بعضه بعضاً. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٩٨١).

(٢) سقط في: د.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الإِجَارَةِ(1)

قَالَ اللَّهُ تَعَالَىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وَقَالَ جَلَّ

---

(١) ثَبَتَ أن الإجارة مثلثة الهمزة، وأن لغة الكسر أفصح من لغتي الضم والفتح، وهي مصدر سماعي بوزن فِعَالة من أجر الدار، والعبد بالقصر من بابي نصر وضرب، فيقال: أجر يأجر كنصر ينصر، وأجر يأجر كضرب يضرب وهذه لغة بني كعب، ومصدرهما القياسي الأجر، والإجارة أيضاً اسم للأجرة، وهي الكراء، مأخوذة من الأجر، وهو ما يستحق على عمل الخير، ولهذا يدعي به، فيقال: أجرك الله أجراً أي: أثابك، وقد يطلق الأجر على الأجرة، ويقال: أيضاً آجرت زيداً الدار إيجاراً، فأنا مؤجر، أي: أكريته إياها وآجرت زيداً مؤاجرة، فأنا مؤاجر، أي: عاقدته على الإجارة، ويقال: استأجرت الدار أي: أكريتها، والعَبْدَ أي: اتخذته أجيراً.
فأما الإجارة من السوء ونحوه، فهي مأخوذة من أجار إجارة كإيماءة وإعاذة وزناً ومعنى، فهمزتها زائدة، بخلاف الإجارة بالمعنى السابق، فإن همزتها فاء الكلمة.
انظر: الصحاح ٢/ ٥٧٢، المصباح المنير: ١/ ١١، المغرب: ٢٠، المطلع: ص ٢٦٣.
واصطلاحاً:
عرفها الحنفيةُ بأنها: عقد على المنافع بِعِوَضٍ.
وعَرَّفها الشافعية بأنها: تمليكُ منفعة بعرض، بشروط معلومة.
وعرفها المالكية بأنها: تمليك منفعة غير معلومة، زمناً معلوماً، بعوض معلوم.
وعرفها الحنابلة بأنها: عقد على منفعة مُبَاحة معلومة، تؤخذ شيئاً فشيئاً، مدة معلومة من عين معلومة، أو موصوفة في الذمة، أو عمل معلوم، بعوض معلوم.
انظر: فتح القدير: ٥٧، المبسوط للسرخسي: ١٥/ ٧٤، مجمع الأنهر: ٢/ ٣٦٨، مغني المحتاج: ٢/ ٣٣٢، الإقناع: ٢/ ٧٠، مواهب الجليل: ٥/ ٣٨٩، شرح الخرشي: ٧/ ٢، أسهل المدارج: ٢/ ٣٢١، كشاف القناع: ٣/ ٥٤٦، الإنصاف: ٦/ ٣. =

ذِكْرُهُ؛ إخباراً عن شُعَيب: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾[1] [القصص: ٢٧].

= الإجارة والكراء بمعنى واحد في الاصطلاح، كما هما بمعنى واحد في اللغة: غير أن المالكية سموا العقد على منافع الآدمي، وما ينقل سوى السفن والحيوان إجارة، والعقد على منافع ما لا ينقل كالأرضين والدور وما ينقل من سفينة وحيوان كراء.

وهذه التسمية إنما هي في الغالب فيهما. ثم هي مجرد اصطلاح لهم ولهذا آثرت أن أعرف الإجارة بما يشمل للنوعين لعدم الفرق بينهما في الأحكام. نص كلام شيخنا منصور محمد الشيخ في الإجارة.

(١) ثبتت مشروعية الإجارة بالكتاب والسنة، والإجماع.

أما الكتاب فأولاً قوله تعالى حكاية عن شعيب وموسى عليهما الصلاة والسلام: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾.

وثانياً: قوله تعالى حكاية عن ابنتي شعيب حين سقا لهما موسى الغنم: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ ٱسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ ٱسْتَأْجَرْتَ ٱلْقَوِيُّ ٱلأَمِينُ﴾. فهذا صريح في أن شعيباً عليه السلام قد أراد استئجار موسى على رعي غنمه ثماني سنين أو عشراً نظير انكاحه ابنته، وأقره موسى على ذلك، فيدل على مشروعية الإجارة، والإذن فيها في شرعه، وشرع من قبلنا شَرْعٌ لنا ما لم يرد في شرعنا ما يَنْسَخُهُ، على أنه قد ورد في شرعنا ما يقرره.

فقد روى الإمام أحمد وابن ماجه عن عتبة بن الندر قال: كُنا عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ـ ﷺ ـ فَقَرأ طَس، حَتَّى بَلَغَ قِصَّةَ مُوسىٰ فقال رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ: «إن موسى أَجَرَ نَفْسَهُ ثَمانِي سِنِينَ أو عَشْرَ سِنِينَ عَلَىٰ عِفَّةِ فَرَجِهِ وطَعَامِ بَطْنِهِ» وفي إسناد هذا الحديث مسلمة بن علي الخشني، وهو متروك، فالحديث ضعيف لكن هذا لا يضيرنا فيما نحن بصدده من إثبات أصل مشروعية الإجارة.

وثالثاً: قوله تعالى حكاية عن الخضر وموسى عليهما السلام في قصة الجدار: ﴿قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً﴾.

فقد ذكر موسى ذلك تحريضاً للخضر، وحَثّاً له على أخذ الأجرة على فعله ليحصل لهما بذلك الانتعاش، فهو سؤال من موسى للخضر لِمَ لَمْ تأخذ الأجر؟ واعتراض منه على ترك الأخذ، فيدل على جواز أخذ الأجرة في نظير العمل، وبالتالي يدل على مشروعية عقد الإجارة، فإنَّ الأخذ إنما يستحق بالعقد.

رابعاً: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾.

فقد رتب الله ـ تعالى ـ وجوب الأجرة على الإرضاع، فيدل على العقد، ولو كان ذلك عن تبرع لما أوجب الله إيتاء الأجرة، ومما يرشد إلى سبق العقد قوله تعالى: ﴿فَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾.

فإنَّ التعاسر إنما هو التضايق بالمشاحة في الأجرة، وذلك إنما يكون عند إرادة العقد.

وأما السنة:

فأولاً: ما رواه البخاري وأحمد من حديث الهجرة من رواية عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: واستأجر النبي ـ ﷺ ـ رَجُلاً مِنْ بَنِي الدِّيلِ هَادِياً جريتاً إلى أن قالت: فدفعا إليه رَاحِلَتَيهِما، وَوَعَدَاهُ غَارَ ثَوْرٍ بَعْدَ ثَلاثِ لَيَالٍ، فأتاهُمَا بِرِاحِلَتَيْهِمَا صَبِيحَةَ لَيَالٍ ثلاثٍ فَارْتَحَلَا».

فقد فعل رسول الله ـ ﷺ ـ الإجارة، كما هو ظاهر من الحديث، أدنى درجات الاستدلال بفعله عليه =

. . . .

= الصلاة والسلام الجواز، والمشروعية.

(١) ذكر صاحب القاموس في مادة دول أن الديل بالكسر مر من عبد القيس، وذكر في مادة دأل أنه يطلق على قبائل وأنه يأتي بفتح الدال وبضمها.

(٢) الماهر بالهداية البصير بأحوال الطرق.

وثانياً: ما رواه البخاري، وأحمد عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال. قال رسولُ الله ـ ﷺ ـ: «يَقُول الله عَزَّ وجَلَّ: «ثلاثة أنا خَصْمُهُمْ يومَ القِيامَةِ، ومَنْ كُنْتُ خِصْمَهُ خَصِمْتُهُ رَجُلٌ أعطى لي، ثُمَّ غَدَرَ، وَرجُلٌ بَاعَ حُرًّا وأكل ثمنَه، ورَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أجيراً فَاسْتَوفَى مِنْهُ، وَلَمْ يُوَفِّهِ أجْرَهُ».

فقد توعد الله ـ سبحانه وتعالى ـ من لم يَعْطِ الأجير أجره بعد استيفائه منه، فيدل على صحة أخذ الأجرة في نظير العمل، وعلى مشروعية الإجارة.

وثالثاً: أن رسول الله ـ ﷺ ـ قد بُعِثَ والناس يؤجرون ويستأجرون، فلم ينكر عليهم، فكان تقريراً منه عليه الصلاة والسلام، والتقرير أحد وجوه السنة.

وأما الإجماع: فقد نقل غير واحد من العلماء منهم ابن قدامة من الحنابلة، وصاحب «البدائع» من الحنفية، أن العلماء في كل عصر، وكل مِصْرٍ أجمعوا على جواز الإجارة، وقد استقر الإجماع على ذلك، ولم يكن في زمنه مخالف، فكان حجة على مشروعيتها.

فلا يمسنا ما نقل عن أبي بكر عبد الرحمن بن الأصم أنه ينكر مشروعيتها ذهاباً منه إلى أن الإجارة بيع المنافع، والمنافع للحال معدومة، وبيع المعدوم لا يجوز.

وبقليل من التأمل يظهر للباحث أنه مستند ضعيف خصوصاً إذا كان مصارماً للنصوص الصحيحة، فحاصل دليله أن الإجارة نوع من البيع، وبيع المعدوم باطل.

فإن أراد بقوله: إن الأجارة نوع من البيع البيع الخاص الذي يكون العقد فيه وارداً على الأعيان، فهذا ممنوع؛ لأن مورد عقد الإجارة المنافع لا الأعيان، وإن أراد من البيع البيع العام الذي هو معاوضة، إما على ذات وإما على منفعة، منعاً له أن بيع المعدوم باطل بإطلاق.

وبيانه:

أن بيع المعدوم ينقسم إلى قسمين، قسم وارد على الأعيان، وقسم وارد على المنافع وهو مسلم البطلان في الأول دون الثاني، لأن الشارع جوز المعاوضة العامة على المعدوم إذا كان مضموناً موصُوفاً في الذمة مقدور التسليم كالحال في السلم، ومنع بيع المعدوم إذا لم يكن كذلك.

وقياس بيع المنافع على بيع الأعيان التي لم يقدر على تسليمها، ولم تكن معلومة، ولا موصوفة في الذمة فاسد؛ لأن المنافع لا يمكن العقد عليها حال وجودها، فكيف يشترط في صحة العقد عليها أن تكون موجودة كالأعيان، وقد فرق الحسن والشرع بينهما.

فالنبي ـ ﷺ ـ أمر أن يؤخر العقد على الأعيان التي لم تخلق إلى أن تخلق، كما «نَهَى عنْ بَيعِ السِّنين»، وهو بيع الثمرة أعواماً متعددة، وحبل الحبلة، وهو أن تنتج الناقة ما في بطنها، ثم تحمل التي نتجت، والثمر قبل أن يبدو صلاحه، والحب حتى يشتد، ونهى عن بيع الملاقيح، وهي ما في أرحام الأمهات من الأجنة قبل أن تولد، والمضامين: وهي ما في أصلاب الفحول من الماء لإمكان وجود هذه الأشياء بعد إذا أخر العقد عليها، وهذا غير ممكن في المنافع إذ لا يستطاع أن تباع إلا في حال عدمها، ويمكن أن نستخلص مما تقدم أمرين: =

ورُوِيَ عن ابْنِ عَبَّاس؛ أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ «أحْتَجَمَ وَأَعْطَى الحَجَّامَ [أَجْرَهُ]»[1].

الإِجَارَةُ: جائزةٌ عند عامَّة أهل العلم.

وهي بَيْعُ مَنَافِعِ الأَعْيَانِ، جُوِّزَ مع كون المنافع معدومةً للحاجَةِ الداعيَةِ إِلَيْهِ، ثم كُل عَيْنٍ ظاهرةٍ يمكنُ الانتفاعُ بها مع بقاء عينها[2]، وجري الإباحة فِي منفعتها ـ: جَازَ إجارَتُهَا؛ كالدُّورِ والأَرَاضِي والعَبِيدِ والدَّوَابِّ ونحوها.

ويجوزُ أستئجارُ الحُرِّ وأُمِّ الوَلَدِ والمُدَبَّر.

أَمَّا ما لا يُمْكِنُ الانتفاعُ به، مع بَقَاءِ عَيْنِهِ؛ كالأطعمةِ ـ: لا يجوزُ إجارَتُهَا، وهلْ يَجُوزُ أسْتِجَارُ الدراهمِ والدنانيرِ؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: لا يجوزُ؛ لأنَّه لا يمكنُ الانتفاعُ بها مع بقاءِ عينها.

= أولهما: أن ما يمكن العقد عليه حال وجوده وعدمه، لا يجوز العقد عليه حتى يوجد، نعم جوَّز الشارع في هذه الحالة بيع ما لم يوجد تبعاً لما وجد إذا دعت الحاجة إلى ذلك كثمر البستان، إذا بدا صلاح بعضه.

وثانيهما: أن ما لا يمكن العقد عليه إلا في حال عدمه كالمنافع، فهذا النوع قد جوَّز الشارع العقد عليه، ولم يمنع منه.

فإن قال المانع: إن هذا عين النزاع، يقال له: إن العلة التي استندت إليها في إلحاق المنافع بالأعيان المعدومة هي مجرد العدم، وهذه لا تصلح للإلحاق، لأن العلة في منع بيع المعدوم ليست مجرد كونه معدوماً، بل هي كونه معدوماً يمكن تأخير العقد عليه، حتى يوجد، وعلى هذا تكون العلة ذات عدم خاص، وهي بهذا القيد غير متحققة في المنافع، فلا تصلح للإلحاق.

ينظر: نص كلام شيخنا منصور محمد الشيخ في الإجارة.

(1) أخرجه البخاري (٤/ ٣٢٤)، كتاب البيوع، باب: ذكر الحجام، الحديث (٢١٠٣) وفي (٤/ ٤٥٨)، كتاب الإجارة، باب: خراج الحجام، الحديث (٢٢٧٨)، و(٢٢٧٩)، ومسلم (٣/ ١٢٠٥)، كتاب المساقاة، باب حل أجرة الحجامة، الحديث (٦٥/ ١٢٠٢) و(٦٦/ ١٢٠٢)، وأبو داود (٢/ ٢٨٧)، كتاب البيوع: باب في كسب الحجام، حديث (٣٤٢٣)؛ وابن ماجه (٢/ ٧٣١)، كتاب التجارات: باب كسب الحجام، حديث (٢١٦٢)؛ وأحمد (١/ ٢٤١، ٢٥٠، ٢٥٨، ٢٩٢، ٣١٦)؛ وابن الجارود رقم (٥٨٤) من طرق عن ابن عباس؛ ولمسلم، الحديث (٦٦/ ١٢٠٢): «حجم النبي ـ ﷺ ـ عبد لبني بياضة، فأعطاه النبي ـ ﷺ ـ أجره، وكلم سيده فخفف عنه ضريبته. ولو كان سحتاً لم يعطه النبي ـ ﷺ ـ».

(2) وهل ترد الإجارة على المنافع أو الأعيان.

يرى جمهور الفقهاء، ومنهم المالكية، والحنفية، والحنابلة، وأكثر أصحاب الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أن مورد عقد الإجارة إنما هو المنفعة، ويرى فريق آخر أن موردها هو العين.

وحجة هؤلاء أن فعل الإجارة إنما يقع على العين، فيقال: آجرتك داري، وأن العين هي الموجودة حين العقد، والعقد لا يضاف إلا إلى موجود.

=

. . . .

= وحجة الجمهور أن المستوفى بالإجارة إنما هو المنفعة دون العين، وأن الأجرة إنما هي في مقابلة المنفعة، وما كانت الأجرة في مقابلته يكون مورداً للعقد.

وأجابوا عما احتج به الآخرون بأنه إنما أضيف العقد إلى العين؛ لأنها محل المنفعة، لا لأنها مورد عقد الإجارة هذا، والخلاف في هذه المسألة لا ثمرة له؛ لأن الفقهاء جميعاً يقررون أن عقد الإجارة لا ينقل ملك العين المؤجرة، بل مقتضاه تمليك منفعتها للمستأجر مدة تعود بعدها إلى ملك رَبِّهَا.

وللمنفعة التي هي ركن من أركان عقد الإجارة شروط لا بد من توفرها؛ ليصح العقد عليها، وتكاد تكون المذاهب متفقة في هذه الشروط من جهة المعنى، وإن اختلفت في العبارة تارة، وفي التفاصيل تارة أخرى ولذا رأينا أن نسلك في الحديث عنها مسلك المالكية، وإذا كان هناك خلاف مهم في بعض التفاصيل عرضنا له مع الموازنة والترجيح، ومجمل هذه الشروط ستة، عليها.

الأول: أن تكون المنفعة معلومة علماً يمنع من التنازع من المسلم به أن المنافع أموراً ضافية، لا تستقبل بالوجود، حتى تمكن مشاهدتها، فهي لا توجد إلا تبعاً لمضافاتها، فمعرفتها تكون بمعرفة محلها، وقدرها وصفتها، وفي ذلك تفاصيل متشعبة في كتب المذاهب يحسن أن نلم بطرف مهم منها فيما بعد.

علم أن عقود المعاوضة، ومنها الإجارة مبنية على رضا المتعاقدين على ما قبلا التعاقد عليه، ولا يمكن أن يتوجه التراضي حقيقة إلا إلى المعلوم، وبهذا تظهر الحاجة إلى هذا الشرط.

وقد استنبطه الفقهاء من عمومات الكتاب والسنة.

قال الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَطِلِ إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنكُمْ﴾.

فقد جعل الله أكل الأموال دون تراض من الجانبين أكلاً بالباطل، ومن ثَمَّ وجب التراضي، والتراضي لا يمكن أن يتوجه إلا إلى معلوم.

وروى الإمام أحمد عن أبي سعيد أن رسول الله ـ ﷺ ـ: «نَهَى عن استِئجَارِ الأَجِيرِ حَتَّى تَبينَ لَهُ أَجْرُهُ».

فإنه يدل بعبارته على أن العلم بالأجر شرط في صحة الإجارة وبفحواه على اشتراط العلم بالمنفعة؛ لأنها المقصودة بالذات.

وللعلم بالمنفعة طرق مختلفة باختلاف ما تتعلق به وإليك أمثلة من ذلك:

١ ـ لو استؤجر معلم للتعليم، فلا بد من تعيين المتعلم بالإشارة أو بأل العهدية، أو وصفه، فإن لم يعين أو يوصف فسدت الإجارة، ومثله استئجار المرضعة، فلا بد فيه من تعيين الرضيع أو وصفه، ولو بذكر السن لاختلاف حاله بكثرة الرضاع، وقلته.

٢ ـ لو استؤجرت دار للسكنى مثلاً، أو حانوت لنحو التجارة فلا بد من تعيينهما، أو وصفهما بذكر الموضع والحدود، ونحو ذلك مما تختلف باختلافه الأجرة إذ لا يصح أن يكون العقار المستأجر في الذمة.

٣ ـ لو استؤجر جدارللبناء عليه وجب وصف البناء بأن يذكر طول ما يبنى وعرضه، وكونه من حَجَرٍ أو لبن، أو غير ذلك، بخلاف كراء الأرض للبناء عليها، فلا يشترط فيه ذلك؛ لأنه لا يتعلق به غرض، بل يكفي المساحة.

٤ ـ لو اكتريت دابة، ونحوها لركوب أو غيره، فإن لم تكن في الذمة، فلا بد من تعيينها بالإشارة =

. . . .

= الحسية، أو بأل العهدية، ولا يكفي الوصف، ولو كانت في الذمة بأن لم تقصد عينها وجب تعيين نوعها كإبل أو بغال، وصفتها كعراب، وبخت وذكورة، أو أنوثة، ويغني عن ذكر النوع، وما بعده، وصفها كدابتك البيضاء أو السوداء، لكن إن عينت بالإشارة، أو بالعهد انفسخت الإجارة بتلفها، وإلا لم تنفسخ، وعلى ربها بدلها.

وعلم من هذا أنه لو قال دابتك البيضاء مثلاً، فهي من قبيل ما في الذمة، وإن لم يكن للمكري غيرها، فلا تنفسخ الإجارة بتلفها لاحتمال إبدالها.

٥ - يجوز في الإجارة على عمل من حرفة كالخياطة والبناء، أو غيرها، كالحصاد، والدارس إن تعين بالزمن كيوم، أو جمعة، أو شهر، وإن تعين بمحل العمل دون الزمن ككتابة كتاب علم، أو بناء حائط، أو قنطرة، أو حفر بئر، أو خياطة ثوب إذا وُصِفَت هذه الأمور وَصْفاً رافعاً للنزاع، فإذا عينت بالزمن استحق العامل الأجرة على تسليمه نفسه في ذلك الزمن، وإن قل عمله، أو لم يتهيأ له عمل، وإذا عينت بمحل العمل استحق الأجرة على العمل طال الزمن أو قصر، فإن جمع الزمن والعمل، كأن قال إنسان لآخر: خط هذا الثوب في هذا اليوم بكذا ففي ذلك تفصيل حاصله:

أ ـ أنه إن كان الزمن مساوياً للعمل بأن كان يسعه لا يزيد ولا ينقص، فهو فاسد اتِّفاقاً عند المالكية، فيما حكاه ابن رشد.

وحكى ابن عبد السلام: أنه أحد مشهورين، والآخر عدم الفساد.

ب ـ وإن كان الزمن أقل من العمل، فهو فاسد اتفاقاً عندهم.

ج ـ وإن كان الزمن أوسع من العمل جاز اتفاقاً على ما حكاه ابن عبد السلام، وفسد على المشهور على ما حكاه ابن رشد.

وطريقة ابن عبد السلام أظهر في النظر على ما قال الدردير في «الشرح الكبير».

وعلة الفساد فيما لو نقص الزمن عدم إمكان التسليم، وأما إذا ساوى أو زاد، فالعلة احتمال وجود طارىء يطرأ على الأجير يمنعه عن إتمام العمل في هذا الزمن فيؤدي ذلك إلى النزاع.

والشافعية أيضاً يمنعون تقدير المنفعة بالزمن، ومحل العمل مقاماً لم يكن ذكر الزمن يقصد التعجيل.

ولهم فيما لو زاد الزمن على العمل وجهان:

أحدهما: نص عليه البويطي، وهو الصحة؛ لأن عروض عائق عن الإكمال في الزمان المتسع خلاف الأصل، فلا ينظر إليه.

وثانيهما: عدم الصحة، وهو الذي اعتمدوه.

والحنفية مختلفون أيضاً في الجمع بين الزمن والعمل.

فأبو حنيفة يقول فيه: بفساد الإجارة، وأبو يوسف ومحمد يقولان: بجوازها،

وجه قول الصاحبين أن المعقود عليه هو العمل؛ لأنه هو المقصود، والعمل معلوم، فأما ذكر المدة؛ فهو للتعجيل، فلم تكن المدة معقوداً عليها، فإن فرغ من العمل قبل تمام المدة فله كمال الأجرة، وإلا فعليه أن يتمه بعد المدة، وله أجر مثله على ألا يزيد على ما شرطه.

ووجه قول أبي حنيفة ـ: أن المعقود عليه مجهول؛ لأنه ذكر أمْرَان كل واحد منهما يجوز أن يكون معقوداً عليه، وهما العمل والمدة. =

. . . .

= أما العمل فظاهر، وأمَّا المدة؛ فلأنه لو استأجره يوماً للخبز من غير بيان قدر ما يخبز جاز؛ لأن المعقود عليه المنفعة، وهي مقدرة بالوقت، ولا يمكن الجمع بينهما في كون كلٍ واحد منهما معقوداً عليه؛ لأن حكمهما مختلف إذالعقـد على المدة يقتضي وجوب الأجر من غير عمل؛ لأنه يكون أجيراً خالصاً، والعقد على العمل يقتضي وجوب الأجر بالعمل؛ لأنه يصير أجيراً مشتركاً، فكان المعقود عليه أحدهما، وليس أحدهما بأولى من الآخر فكان مجهولاً، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد، والخلاف بين أبي حنيفة، وصاحبيه إنما هو فيما لو قال استأجرتك لتخيط هذا الثوب اليوم، أو استأجرتك هذا اليوم لتخيط هذا الثوب.

وأما لو دفع إلى خياط ثوباً ليقطعه، ويخيطه قميصاً على أن يفرغ منه في يومه هذا فالإجارة جائزة بين أبي حنيفة، وصاحبيه، ثم إن وفى بالشرط أخذ المسمى، وإن لم يفِ به فله أجر مثله على ألا يزيد على ما شرطه؛ لأنه لم يجعل الوقت معقوداً عليه. وإنما جعله بياناً لصفة العمل، فلا تأتي فيه علة المنع التي قال بها أبو حنيفة في المثالين السابقين.

والحنابلة مختلفون أيضاً، فالراجح عندهم أنه لا يجوز الجمع بين المدة والعمل ورُوي عن أحمد الجواز كقول أبي يوسف ومحمد.

وخلاصة هذا الخلاف كله ثلاثة أقوال:

١ ـ المنع مطلقاً.

٢ ـ الجواز مطلقاً.

٣ ـ التفصيل إما بالمنع عند نقص الزمن، والجواز فيما عداه، وإما بالمنع عند نقص الزمن ومساواته والجواز عند زيادته، وإما بالمنع في بعض الأمثلة، والجواز في بعضها.

والذي يظهر إنما هو التفصيل بين ما لو كان الزمن ينقص عن العمل، أو لا ينقص، فإن نقص فالعقد فاسد لعدم إمكان التسليم؛ ولأنه عبث ما لم يكن كناية عن السرعة غير مقصود به الاشتراط، فإنه حينئذ لا يضر، ولايعتبر الإقلال به موجباً للخيار.

وإن لم ينقص عن العمل بأن ساواه، أو زاد عليه صَحَّ العقد سواء قصد بذكر الزمن الاشتراط، أم جعله كناية عن السرعة؛ لأنه على فرض كونه، للاشتراط إنما هو اشتراط للمصلحة، وليس فيه غرر، أو جهالة تمنع من التسليم، وما يقال من أن الزمن حينئذ يكون معقوداً عليه فيؤدي ذلك إلى الجمع بين حكمين مختلفين، أو جهالة المعقود عليه، فهو غير ظاهر؛ لأن كل أحد يفرق بالضرورة بين من يقول خط عندي يوماً وبين من يقول خط لي هذا الثوب في يوم، فمقصود الأول تملك منفعة الأجير في الزمن المخصوص سواء أخاط له ثوباً؛ أم أقل، أم أكثر، أم سلم نفسه، ولو لم يعمل شيئاً، ومقصود الثاني إنما هو العمل المخصوص لا تملك سائر منافع الأجير، بل له أن يخيط في هذا الزمن له ولغيره، لكنه اشترط الزمن للمصلحة، فليس معقوداً عليه، وإنما هو شرط إذ أوفى به فالأمر ظاهر، وإن خاط الثوب في أقل منه فقد زاد جداً، واستحق المسمى، كما لو عجل المدين أداء دينه المؤجل، وإن أبطأ فخاط بعض الثوب في الزمن أو لم يخط شيئاً أصلاً فالمستأجر بالخيار بين الفسخ والإجازة، فإن فسخ، فللأجير أجر مثل ما صنع إن كان قد صنع شيئاً، ولا غيره بالمسمى؛ لأنه سقط بالانفساخ، وإن لم يفسخ فليس على الأجير سوى إتمام العمل، وله المسمى.

. . . .

= الإجارة على غير عمل لا بد فيها من التقدير بمدة، وهذا قدر متفق عليه بين الفقهاء، وقد وجهوا ما ذهبوا إليه بأنه لا خلاف في وجوب العلم بالمنفعة، وهي أمر إضافي إن أمكن انضباطه في الأعمال بالمدة تارة، ويمحل العمل تارة أخرى لم يمكن انضباطه في غير الأعمال إلا ببيان المدة، وترك البيان يقضي إلى النزاع والغرر، فقد يرغب أحد العاقدين في مدة طويلة، والآخر في مدة قصيرة.

وإذ قلنا بتقدير المدة فإن طولها، وقصرها يتركان لحرية المتعاقدين حسبما يريانه محققاً لمصلحتيهما على ألاَّ تهلك فيها العين المؤجرة غالباً إلى هذا ذهب الجمهور، خلافاً للمالكية والظاهرية.

أما الظاهرية: فإنهم يشترطون في المدة أن تكون مما يمكن بقاء المؤجر والمستأجر، والشيء المستأجر إليها، فإن لم يمكن بقاء أحدهم إليها لَمْ يجز العقد، وكان مفسوخاً.

وحجتهم على ذلك: أن العقد على مدة لا يعيش إليها المتعاقدان باطل؛ لأنه لو كان صحيحاً، لكان عقداً منهما لغيرهما، وقد تعاقدا لأنفسهما، فلا يصح، ومثله العقد على مدة لا تبقى إليها العين المستأجرة فهو باطلٌ؛ لأنه عقد على معدوم لا يوجد.

ويناقش ما استدل به الظاهرية بأنا لا نسلم أن العقد على مدة لا يعيش إليها المتعاقدان يعتبر عقداً منهما لغيرهما.

فإن عقد الإجارة ما هو إلا عقد معاوضة يفيد تمليك المنافع في مقابلة الأجرة، فالمنافع المعقود عليها كلها تملك للمستأجر والأجرة المقابلة لها كلها تملك للمؤجر، فإذا مات أحدهما ملك ورثته عنه ما كان يملكه من منفعة، أو أجرة، فالورثة لا شأن لهم بالعقد أصلاً، وإنما ورثوا آثار العقد من منفعة وأجرة، كما يرثون أثر البيع من ثمن أو مثمن إذا بقي بيد المورث، حتى مات عنه، وبهذا تسقط حجة الظاهرية في إبطال التقدير بمدة لا يعين إليها المتعاقدان، وأما إبطالهم التقدير بمدة لا تبقى إليها العين المستأجرة فمسلم. والجمهور يقولون به.

وأمَّا المالكية، فإنهم يفصلون في المدة بالنسبة للأعيان المؤجرة، فيُحدِّدُونها في الأرض الزراعية المأمونة الري بخمسين عاماً، وإذا لم تكن مأمونة، فإلى هذه المدة أيضاً بشرط عدم قبض الكراء، وبالنسبة للعبد بخمسة عَشَرَ عاماً، وبالنسبة لدور السكنى بثلاثين عاماً وبالنسبة لدواب الركوب بسنة، إلا أن تكون في سفر فشهر، وهذا في الدابةِ التي يكون فيها قبض الأجرة، وأما مع عدم القبض، فيجوز لأكثر من سنة، وقد فرقوا بين الدابة والعبد من جهة طول المدة وقصرها، بأن العبد إذا حصلت له مشقة يخبر عن حال نفسه، والدابة ليست كذلك.

ولم أرَ مَنِ اسْتَدلَّ على هذا التحديد، وغاية ما يستدل به عليه أن الأرض وإن لم تغن في الخمسين عاماً إلا أنه قد تتغير فيها الأسعار، فالإجارة لأكثر منها تحتوي على الغرر، وأما الدار فإنه يخشى انهدامها لو استؤجرت لأكثر من تلك المدة، وكذا يقال في بقية التقادير عندهم.

ولا يخفى ضعف هذه الحجج، وعدم دلالتها على هذه التقادير المعينة المحددة، فالمانع من إطالة المدة إما الجهالة، وإما خوف هلاك أحد العاقدين، وإما خوف هلاك العين.

أما الجهالة فلا وجود لها؛ لأن الغرض أن العاقدين قدرا مدة مبينة، وأما خوف هلاك أحد العاقدين، فلا أثر له؛ لأنه لا ينفسخ العقد بموت أحدهما عندهم وفاقاً للجمهور، فلم يبق إلا خوف هلاك العين، وهو لا يتقدر بالخمسين والثلاثين والخمسة عشر وغيرها، إذ الأرض قد تبقى مئات السنين، والدار قد تبقى =

والثَّاني: يجوزُ؛ لأنَّهُ يريدُ أَنْ يتجمَّل بها، وأنْ يضرب عَلَىٰ طَبْعِها.

والأوَّل أصَحُّ؛ لأنَّ الدراهم والدنانيرَ لا ترادُ للجَمَالِ.

وكذلكَ: هَلْ يَجُوزُ ٱسْتِئْجَارُ الأَشْجَارِ؛ لِتَجْفِيفِ الثِّيَابِ والاستظلالِ بها؟ فيه وجهان:

الأصحُّ: لا يجوزُ؛ لأنَّ الأَشْجَارَ لا تُرَادُ لهذا الأمرِ؛ فكان بَذْلُ الْعِوَضِ فيه تبذيراً وسَفَهاً.

وكذلك: الوجهان في ٱستجارِ البَبْغَاءِ للاستئناس بِصَوْتِهِ.

ويجوزُ ٱستجارِ الحلى لِلُّبْسِ وٱستجارُ الرَّيَاحِين والمِسْكِ للشَّمِّ، وتضمن منفعتها بالغَصْبِ.

ويجوزُ ٱستجارُ الجَوَارِحِ للصَّيْدِ؛ «الفَهْد» و «البازي» وٱستجارَ الهرَّة لأخذ الفَأْرِ، ويجوز ٱستجار الولد للخدمة، ويكره استجار أحد الأبوَيْنِ، [و] هل يصحُّ؟ إنْ ٱلزم ذمته ـ: صح، وإن ٱستأجر عَيْنَهُ ـ: فوجهان؛ بناءً على المُسْلِمِ إذا أَجَرَ نفسه من كَافِرٍ.

وهلْ يَجُوزُ ٱستجار الكَلْبِ المعلَّم للاصطيادِ والحراسَةِ؟ فيه وجهانِ:

أحدُهُما: يجوزُ؛ لأنَّ الانتفاعَ به يُبَاحُ؛ كالفَهْد.

والثاني: لا يَجُوزُ؛ لأنَّ ٱقتناءَهُ حَرَامٌ إلا للحاجةِ، وما أبيحَ للحاجَةِ ـ: لا يجوزُ أخْذُ العوض عليه؛ كالميتة: تُبَاحُ عند الضرورة، ولا يجوزُ بيعها.

ويجوزُ ٱستجارُ الشَّبَكَةِ للاصطيادِ.

= أكثر من الثلاثين بكثير، وكذا العبد قد يعيش أكثر من الخمسة عشر. والذي يظهر أن هذا التقدير إنما هو تقريب لا تحديد، والمراد استجار العين إلى مدة تبقى فيها غالباً، كما يقول الجمهور.

وقد وجه الجمهور ما ذهبوا إليه من عدم تحديد المدة إلا بما تبقى فيه العين المستأجرة غالباً، بأن عقد الإجارة لازم لا ينفسخ بموت العاقدين أو أحدهما مع سلامة العين المؤجرة، وقد أعطاهما العقد حسن الانتفاع بما صار إليهما، فالمؤجر بالأجرة، والمستأجر بالعين، وما ثبت لهما من الحقوق يورث عنهما؛ فلا مانع من إطالة المدة، ولو لم يعن المتعاقدان إليها ما دامت العين تبقى فيها غالباً.

فإن قيل: إن الحنفية يقولون بانفساخ الإجارة بموت أحد العاقدين، فكان عليهم أن يقولوا بما قال به الظاهرية من التحديد بمدة تعيين إليها العاقدان.

قلنا: لعلهم يلاحظون أن التقييد بالمدة يجعل العقد كأنه عُقُودٌ كثيرة متعددة بتعدد المدة، فطرقها لا يؤثر، إذ غايته أن يبطل في المدة الزائدة، فلو أجر داراً مائة سنةٍ، فالإجارة صحيحة في المدة التي يعيشان إليها، فإذا مات أحدهما انفسخت، فلا داعي لإبطالها ابتداء.

ينظر: نص كلام شيخنا منصور محمد الشيخ في الإجارة.

ولعقد الإجارة صيغة وهي:

ويجوزُ إجارَةُ المُشَاعِ في نِصْفِ دارٍ، ونصفِ عبدٍ، سواءٌ أَجَرَ من شريكه أو مِنْ غيره، وعِنْدَ أبي حنيفة - رحمة الله عليه -: لا يجوزُ مِنْ غير شريكه، وجوَّزه صاحباه.

والإجارةُ تنعقدُ[1] بِلَفْظِ «الإجارةِ» و «الكِرَاءِ»؛ تقول: أَكْرَيْتُ مِنْكَ هذهِ الدارَ بِكَذَا، أَوْ أَجَرْتُ مِنكَ هٰذِهِ الدَّارَ بِكَذَا، وإنْ قَالَ: أَجَرْتُ مِنْكَ منفعةَ هذه الدار -: يَجُوزُ.

وقيلَ: لاَ يَجُوزُ حَتَّىٰ يَقُولَ: أَجَرْتُكَ هذه الدَّارَ.

وإنْ كان فِي الذمَّةِ، فقال: أَكْرَيْتُ ذِمَّتَكَ بِكذا -: جاز، وإن لم يتلفَّظ بواحدٍ من اللفظين.

ولو قال بلفظ التَّمْلِيكِ والْبَيْعِ - نُظِرَ: إنْ قال: بِعْتُ منك هذه الدارَ -: لا يصحُّ؛ لأنَّهُ لتمليكِ العَيْنِ، وإنْ قال: بعتُ منكَ، أو مَلَّكْتُكَ منفعةَ هذه الدارِ شهراً بكذا -: ففيه وجهانِ:

قال ابْنُ سُرَيْج: يصحُّ؛ لأن الإجارة صِنْفٌ من البيوع.

---

(١) عبارة عن مجموع الأمرين اللذين هما الإيجاب والقبول.

الإيجاب مأخوذ من الوجوب وهو الثبوت واللزوم، قيل ومنه في كتاب الله سبحانه وتعالى، فإذا وجبت جنوبها فكلوا منها، الآية أي إذا ثبتت جنوب الذبائح في الأرض ولزمتها بعد الذكاة فقد حل أكلها، وقيل معناه سقطت مع هذه، وأما القبول فله معانٍ منها التصديق والموافقة، وفي كتاب الله: ﴿إنما يتقبل الله من المتقين﴾ أي يوافق على أعمالهم بالرضا عنها ويصدقها بالجزاء عليها.

ويطلق الإيجاب عند الحنفية على ما يصدر أولاً من أحد العاقدين والقبول على ما يصدر ثانياً من العاقد الآخر وإلا على رضاه بالتعاقد وموافقته لإيجاب الموجب سواء أصدر من جانب المؤجر أم من جانب المستأجر، فما يصدر أولاً يسمى إيجاباً، وإن كان من جانب المستأجر وما يصدر ثانياً يسمى قبولاً وإن كان من جانب المؤجر.

فالعمدة في التفريق بين الإيجاب والقبول حينئذٍ هي أولية الصدور، وثانوية فقط دون التفات إلى الجهة التي صدر عنها.

وأما من عدا الحنفية فيعتبرون الإيجاب ما يصدر من جانب المؤجر وإن تأخر القبول ما يصدر من جانب المستأجر وإن تقدم، فالعبرة عندهذا القرين بجهة الصدور ولا الأولية والثانوية.

وليس بين الفريقين خلاف حقيقي، لأن المؤجر يلتزم تمليك المنفعة، والمستأجر يلتزم تمليك الأجرة اتفاقاً، ولأن مآل العقد الانعقاد واللزوم شرعاً عند الجميع.

ويلاحظ أن واضعي القوانين الوضعية يوافقون الحنفية في اصطلاحهم، فيسمون ما يصدر أولاً إيجاباً، وما يصدر ثانياً قبولاً، فمرجع الاختلاف إنما هو التسمية.

وقد ناط الشارع انعقاد الإجارة، وغيرها من العقود بالصيغة لأنها هي التي تترجم عن الرضا القلبي، وتبرزه لنا في صورة عملية واضحة، فإن الرضا القلبي أمر باطني لا اطلاع لنا عليه، فلا يعرفه إلا صاحبه حتى يبرز في هيئة واضحة بما يدل عليه، وكان من الحكمة أن تناط الأحكام بهذا المظهر المنضبط إذ هو الأمر الذي يستطيع الناس إدراكه والإحاطة به.

. . . .

= وللصيغة التي هي أحد أركان عقد الإجارة شروط ثلاثة لا بد من توفرها.
الشرط الأول: أن تكون الصيغة صادرة من المتعاقدين بطريق يعتبره الشارع، وهذا قدر متفق عليه بين الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا في نوع الطريق الذي يعتبره الشارع حتى يجب أن ترد الصيغة على منواله، وإزاء هذا سلكوا مسلكين فمنهم من نظر إلى ما للإجارة من الخطر والأهمية لما أنها أغلب عقود المعاوضة تداولاً، فرأى وجوب التراضي عليها بما هو الأصل في الدلالة على المراد، وهذا يعتمد التلفظ بما تواضع الناس عليه في الدلالة على الرضا، ويجيز الكتابة دون غيرها من الأفعال عند القدرة على النطق، فإذا تعذر النطق اغنت عنه الإشارة، فلا تنعقد الإجارة عنده بالمعاطاة وهذا مسلك الشافعي رضي الله عنه.
وسلك فريق آخر، وهم جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والحنابلة طريق السهولة والتوسعة، فرأوا أن الإجارة تنعقد بكل ما يدل على الرضا بتبادل الملك اعتباراً بعرف الناس، واحتراماً لعاداتهم السائدة بينهم ما دامت لم تصادم تضامن نصوص الشرع فأي طريق من الطرق تفردت في الدلالة على المراد، فإن الإجارة تنعقد به، سواء أكان لفظاً كالإجارة والكراء والتمليك للمنفعة، أم كناية أم إشارة مفهمة للمراد، أم غير ذلك من معاطاة، فإن ذلك كله يدل على الرضا، وهو المقصود في العقود.
ولم يتعبدنا الشارع بخصوص الألفاظ حتى ينحصر الأمر في دائرتها، وإنما شرط التراضي، وهو أمر خفي يعلم بكل ما يدل عليه من الألفاظ وسواها وبهذا يظهر رجحان رأي الفريق الثاني، وقد مال إليه المحققون من الشافعية أيضاً.
الشرط الثاني: أن يقترن الإيجاب بالقبول في مجلس التعاقد دون أن يحصل بينهما فاصل مضر، وهذا قدر متفق عليه بين الفقهاء أيضاً، لكنهم اختلفوا في تحديد الفاصل الذي يضر حدوثه بين جزأي الصيغة على ثلاثة مذاهب.
١ ـ فمذهب يرى أن الفصل بين الإيجاب والقبول بأجنبي ولو كلمة واحدة مضر كما جعل السكوت الطويل والتشاغل من أحد المتعاقدين بما يعد إعراضاً عن العقد مضرين. فحقيقة الشرط عند هذا الفريق الفورية بين الإيجاب والقبول، وهذا مذهب الشافعية.
٢ ـ ومذهب يرى أن الفصل بطول المجلس لا يضره وإنما المضر عنده أن يوجد بين لفظي الإيجاب والقبول رجوع من الموجب أو رد من الآخر وهذا مذهب الحنفية.
٣ ـ والمذهب الثالث تحاكم في هذا إلى العرف، فقال إن ما يعتبره العرف فاصلاً بين الإيجاب والقبول، أو ما يعده إعراضاً عن التعاقد يكون مؤثراً في نفاذ العقد ولزومه، وما لا فلا، وهذا مذهب المالكية والحنابلة. وهذا هو الذي يظهر رجحانه، لأن ما لا نص فيه شرعاً يرجع فيه للعرف، ومعلوم أنه لا نص في هذه المسألة، فالمحكم فيها هو العرف.
وهذا كله فيما إذا كان العاقدان في مجلس واحدٍ، فإذا كان أحدهما غائباً فطريق التعاقد بينهما إنما هو التراسل، ويعتبر أن مجلس بلوغ الرسالة هو مجلس العقد، فيقال فيه ما سلف، ويترتب على وجود الفاصل المضر بين جزأي الصيغة حسب اختلاف الأنظار المتقدمة بطلان ما سبق من إيجاب أو قبول فيصير ما صدر منهما لغواً لا يعتديه، وعلى ذلك لا بد من استئناف قبول وإيجاب من جديد.
الشرط الثالث: أن يتوافق الإيجاب والقبول في المعنى بأن يتطابقا على ماهية العقد، والعين المؤجرة والأجرة ومدة الإجارة.

والثاني ـ وهو الأصحُ ـ: لا يصحُ؛ لأنَّهُ موضوعٌ لتمليكِ العَيْنِ؛ فلا يستعمل في تمليكِ المنفعَةِ؛ كما لا ينعقد البَيْعُ بلفظِ الإجارةِ، والنكاحُ بِلَفْظِ البيع.

ولا تصحُ الإجارةُ إلاَّ علَىٰ منفعةٍ معلومةِ المقدارِ، ويعلم مقدار المنفعة: إِمَّا ببيان المُدَّةِ أو العمل:

فبيانُ المدَّة: أن تقولَ: أكْتَرَيْتُ هذه الدَّارَ لأسكنها سَنَةً، أو هذه الدابَّةَ لأركبها يوماً، وَٱسْتَأْجَرْتُ هذا الثَّوْبَ لألْبَسَهُ شهراً.

وبَيَانُ العَمَلِ أَنْ يقولَ: ٱسْتَأْجَرْتُكَ؛ لتخيطَ لي هذا الثَّوْبَ، أو لِتَبْنِيَ هذا الجدار ونَحْوَ ذلك ـ: فيجوز.

ولو جعل العمل في ذمَّتِهِ، فقال: أَلزمْتُ ذِمَّتَكَ؛ ليحصُلَ لي خياطةُ ثَوْبٍ أو بِنَاءُ جِدَارٍ كذا ـ: جاز.

ولو قدر العمل والمُدَّة جميعاً، فقال: ٱسْتَأْجَرْتُكَ اليَوْمَ؛ لتَخِيطَ لي هذا الثَّوْبَ ـ: هل يجوزُ؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: لا يجوزُ؛ لأنَّهُ ربَّمَا تَمَّ أحدهما قَبْلَ الآخر.

والثاني: يجوزُ، ويستحقُّ المسمَّىٰ بأسرعهما ٱنقضاءً.

ويشترطُ بيانُ الأُجْرَةِ: إمَّا بالمشاهدة أو ببيان الوَصْفِ، والمقدار، فالمشاهدةُ: أن يقُولَ: ٱستأجَرْتُكَ؛ لتعمل لي كذا بهذا الدينارِ، أو بهذا الثوب.

والوصْفُ والمقدارُ أن يقول: ٱستأجرتُكَ بدينارٍ، أو بمائةٍ مِن حِنْطَة يصفها ـ: فيجوز.

ولو ٱستأجر بكَفٍّ مِنْ دراهم نُشَاهدها غير معلومِ الوزن، أو بشَيْءٍ جزافاً، هل يجوزُ،

= فأما التطابق في ماهية العقد فيكون بأن يريد كل من المؤجر والمستأجر عقد الإجارة لا عقداً آخر، ولا يكون بين الإيجاب والقبول تطابق في ماهية العقد إذا قصد أحدهما شيئاً، وقصد الآخر شيئاً غيره، كما لو أراد أحدهما أن يؤجر عيناً مملوكة له بأجرة معلومة، وأراد الآخر شراءها أو استعارتها.

ويكون العقد باطلاً إذا لم يتطابق الإيجاب مع القبول في الأجرة أو مدة الإجارة كأن يقول المؤجر للمستأجر آجرتك داري سنة بألف، فيقبلها المستأجر بثمانمائة، أو يقبلها بالألف إلى أكثر من المدة أو أقل، فهذه جملة شروط الصيغة فمتى وجد الإيجاب من أحد المتعاقدين كان للآخر أن يوافق عليه أو يرفضه، أو يعدّل فيه حسبما يرى، فإذا وافقه تم العقد وإذا رفضه لم يتم، وإذا عدّل فيه لغا الإيجاب السابق، واعتبر التعديل قبولاً مبتدأ يحتاج إلى إيجاب موافق له حتى يصبح عقد الإجارة قائماً بين الطرفين.

نص كلام شيخنا منصور محمد الشيخ في الإجارة.

أم لا؟ نُظِرَ: إن كان العَقْدُ علَىٰ منفعةٍ في الذمّة ـ: ففيه قولان؛ كالسَّلَمِ، وإن كان علَىٰ منفعةٍ معيَّنةٍ ـ: ففيه طريقان:

مِنْ أصحابنا مَنْ قال: فيه قولانِ، كَمَا لَوْ كَانَ في الذِّمَّةِ.

ومنهم مَنْ قال: يجوزُ قولاً واحداً؛ كَبَيْعِ العَيْنِ: يجُوزُ أن يكُونَ العِوَضُ فِيهِ جُزافاً، فَلَوْ لم يبيِّن الأجرةَ، بل قال: اعْمَلْ لي كذا، لا أعطيك شيئاً، وأُرْضِيكَ، أَو استأجره بمسمًّى فاسدٍ مِنْ خمر أو خنزير ـ: لا يصحُّ، والعامل يستحقُّ أجْرَ مثلِ عمله، ولو جَعَلَ أجرتَهُ من شَيْءٍ يجعلُهُ بعمله ـ: لا يجوزُ؛ مثْلُ: أن يقولَ: انْسُجْ هذا الثوبَ، ولك نصفُهُ، أو اجْنِ هذه الثمرة، ولك ثُلُثُهَا أو اسْلَخْ هذه الشَّاة، ولك جلدُها، أو رُدَّ آبقِي، ولك نصْفُهُ، أو اطْحَنْ هذه الحنطة علَىٰ أَنَّ لَكَ ثُلُثَ الدَّقِيقِ ـ: لا يَجوزُ؛ لأنه يعملُ لَهُ ولنَفْسِهِ، وعَلَيْهِ الأجرةُ، وإنْ قال: اسْتَأْجَرْتُكَ برُبُعِ هذه الحنطةِ عَلَىٰ أَنْ تطحن لي ثلاثَةَ أرباعها ـ: جاز ثم يقاسمُهُ قَبْلَ الطَّحْنِ، فيفرز الربُعُ؛ ليطحن الباقي؛ أما إذا كان بينَهُمَا حنطةٌ ـ: استأجَرَ أَحَدُهُمَا صاحبه بدرهمٍ؛ ليطحنها، أو كان بينَهُمَا ثَوْبٌ استأجره ليقصر نصيبه بدِرْهَمٍ، أو كان بينهما دابَّة استأجَرَها صاحبه ليتعهَّد نصيبه بكذا؛ كما لو استأجَرَ أَحَدُهُمَا مِنَ الآخَرِ جُوَالِقاً[1]؛ ليجعل فيه الحنْطَةَ المشتركة ـ: جاز.

ولو جعل الأجرةَ منفعةَ عَيْنٍ ـ: يجوزُ؛ مثْلُ: إنْ أَجَرَ داراً بمنفعةِ دَارٍ أخرَىٰ، أو بمنفعةِ عَبْدٍ أو أَجَرَ دَاراً بمنفعةِ دارَيْنِ ـ: يجوزُ، لأنه لا رِبَا في المنافعِ؛ فإنَّه لو أَجَرَ حُلِيًّا مِنْ ذهب بالذهب ـ: يجوزُ، ولا يشترطُ القَبْضُ في المجلسِ.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: لا يجوزُ إجارَةُ المنافع بالمنافع عنْدَ اتفاقِ الجنسِ.

ولو دَفَعَ ثَوْباً إِلَىٰ خَيَّاط، فقال: إنْ خِطْتَ اليَوْمَ، فلك درهمٌ[2]، وإن خطْتَ الغَدَ، فلك نصْفُ درهم.

قال الشيخ ـ رحمه الله ـ: في أيِّ يومٍ خاط، فله أجرُ المثل.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إنْ خاط اليَوْمَ، فله درهم، وإن خاط غداً، فأجر المثل.

وقال أبو يوسُفَ ومحمَّد: له أجْرُ المثلِ فِي أيِّ يومٍ خاط، وإذا أَجَرَ[3] شيئاً بأَجْرٍ[4]

---

(١) الغرارة، معرب. جمعها جوالق وجواليق وجُوالقات. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٣١).
(٢) في أ: الدرهم.
(٣) في د: استأجر.
(٤) في د: أجره.

معلومٍ[(١)]: فإن شرط تعجيلَ الأجرِ ـ: يتعجَّل، وإن شرط التأجيلَ ـ: يتأجَّل، وإن أطلق ـ: يجبُ تعجيلها؛ كالثمن في البيع؛ فيملك[(٢)] الأجرة بنَفْسِ العقد، ويستحقُّ تسليم [الكُلِّ إليه بتسليمِ العينِ إلى المستأجر.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: لا يملكُ الأُجْرَةَ بنفسِ العقدِ، بل يملكُ شيئاً فشيئاً، ويستحق التسليمَ][(٣)] شَيْئاً فشيئاً؛ كما أن المستأجِرَ يستَوْفِي المنفعَةَ شيئاً فشيئاً.

فنقولُ: عِوَضٌ في معاوضَةٍ تتعجَّل بشرط التعجيل. فتتعجَّل عند الإطلاقِ؛ كالثَّمَنِ في البيعِ، فإن قيل: المستأجِرُ لا يملكُ المنفعةَ إلاَّ شيئاً فشيئاً؛ كذلك الآجر: لا يملكُ الأجرةَ، قلنا: لا، بَلْ يملكُ المستأجِرُ المنفعَةَ بنَفْسِ العقدِ، وإن كانَتْ معدومةً، فنجعلها كالموجود في الحُكْمِ؛ كما جعلناها موجودَةً في جوازِ العَقْدِ عليها.

والدليلُ علَىٰ أنَّه يملك الأُجْرَةَ بنفس العقدِ: أن الاعتياضَ عَنْهَا ـ: يجوز، ويصحُّ ضمانُهَا، والمكاتَبُ: لو بقي عليه عَشْرَةُ دراهمَ من النجومِ، فأجر دارَهُ مِنْ سيِّده بعشرةٍ ـ: يَعْتِقُ.

ولو اْستأجر عيناً أو اكترَىٰ دابَّةً بعينها لحَمْلٍ أو ركوبٍ ـ: جاز، وإن كان يشاهدُهَا، وإن كانَتْ غائبةً ـ: فعلَىٰ قولَيْ شراءِ الغائِب.

فإنْ جوَّزنا: فإن كانَتْ داراً أو أَرْضاً ـ: يجبُ أَنْ يبيِّن موضعَهَا، وسعَتَها، أو دابَّةً: يذكُرُ جِنْسَها ونوعَهَا أَنَّها: بعيرٌ، أو حمارٌ، أو بَغْلٌ، من ذكر أو أنثى.

ولا يجبُ تسليمُ الأجرة في المجلسِ.

ولو تلفَتِ الدابَّة تنفسخ بنفسِ العقدِ.

ولو تَعَيَّبَتْ، أو وجد بها عَيْباً قديماً ـ: للمكتري فَسْخُ العقد، ولا يجوزُ الإبدالُ؛ كالمبيع المتعيِّب، إذا تلف، وإذا كانَتِ الإجارةُ في الذمَّة؛ بأنْ قال: أَلْزَمْتُ ذمتَكَ، وحَمْلِي، أو حَمْل مَتَاعِي علَىٰ دابَتِكَ إلى موضعِ كَذَا ـ: فهو كالسَّلَمِ؛ لا يشترط رؤية الدابَّة، بل يصفها.

ويجوزُ بلَفْظ «السَّلَم» فيقول: أَسْلَمْتُ إِلَيْكَ هذه الدراهمَ، أو هذا[(٤)] الثَّوْبَ في ظَهْر يحمل متاعِي، أو يحملُني إِلَىٰ موضع كذا.

ولا يجوزُ تأجيلُ الأجرةِ، بلْ يجبُ تسليمُ الأجرةِ في المجلس بأيِّ لفظِ عقد.

---

(١) في د: معلومة.

(٢) في د: ويملك.

(٣) سقط في د.

(٤) في د: هذه.

ولو عَيَّنَ الدابَّةَ، فقال: أَلزمتُ ذمَّتَكَ حَمْلِي علَىٰ هذه الدابَّة ـ: لا يصح؛ لأنَّ السَّلَم في العَيْنِ لا يجوزُ ولو تَلِفَتِ الدابَّة أو تعيَّبَتْ بعد التسليمِ، أو وجد بها عَيْباً قديماً ـ: لا ينفسخ العقدُ، ولا يُفْسَخْ، وعلى المكترِي الإبدالُ.

وقيلَ: إنْ قال بلفظ «الكراء» فقالَ: أكْتَرَيْتُ منْكَ دابَّةً تحملُني عليها إلَىٰ موضع كذا، أو بلَفْظِ «الإجارة» هل يجبُ تسليمُ الأجرةِ في المجلس؟ فيه وجهان؛ بناءً على أن المراعي في العُقُودِ اللفظُ أو المعنىٰ؟ إذا راعينا المعنَىٰ ـ: يجبُ، وإن راعَيْنا اللَّفْظَ لا يجبُ.

فَصْلٌ في بَيَانِ الْمُدَّةِ والْعَمَلِ

إذا أَجَرَ داراً أَوْ عَبداً[1] للانتفاع بها ـ: يجب أنْ يبيِّن المدَّةَ بالأيَّامِ أوِ بالشهورِ، أو بالسنين، فلو قال: أجَرْتُكَ شهراً، أو قال: سنَةً ـ: فعلَىٰ وجهَيْن:

أحدُهُمَا: لا يصحُّ؛ لأنَّه لم يبيِّن أيّ شهر، أو أيّ سنةٍ، حتَّى يقولَ: شهراً أَوْ سنةً من الآنِ؛ كما لو قال: بعْتُكَ عبداً، ولم يعيِّن ـ: لا يجوزُ.

والثاني: يصحُّ، ويكونُ ابتداؤُهُ مِنْ يوم العقدِ، فإنْ أَجَرَ شهراً ـ: يكونُ ثلاثين يوماً بالأيَّامِ، وإن أَجَرَ شهرَيْنِ، فيكمل الشَّهْر الأوَّل بالشهر الثالث ثلاثِينَ يَوْماً؛ لأنَّه ينكسر، والشهرُ الثاني يكونُ بالهلال، وإن كان ناقصاً.

ولو أَجَرَ سنَةً تكون اثْنَـي عَشَرَ شهراً ـ: يُكَمِّلُ الشَّهْر الأوَّل بالثالثَ عَشَرَ ثلاثينَ يَوْماً، وأَحَدَ عَشَرَ شَهْراً يكونُ بالأهلَّة.

وكذلكَ: لو أَجَرَ اثْنَا عَشَرَ شهراً، ويحملُ مطلَقُ ذكْرِ السَّنة على الهلاليَّة: فإن قال: سَنَة؛ بالعَدَدِ ـ: تكونُ ثلثمائة وستِّين يوماً.

ولو قال: أَجَرْتُكَ هذه السَّنة ـ: ينصرفُ إلَىٰ ما بقي مِنَ السَّنة، ولو قال: شهراً من هذه السنة: فإنْ لم يكُنْ بقي من السنةَ إلاَّ شهرٌ ـ: صح وإن بقي أكثر ـ: لم يصحَّ للجهالة.

ولو قال: إلَىٰ نِصْفِ هذا الشهرِ ـ: فينتهي إذا غَرُبَتِ الشمْسُ من اليومِ الخامِسَ عَشَرَ.

ولو قال: أكْتَرَيْتُ نصفَ هذا الشهرِ؛ فيكونُ نِصْفُ باقي الشهر.

ولو قال: أَجَرْتُكَ هذه السَّنَةَ كُلَّ شهرٍ بكذا ـ: يجوزُ، وإنْ فاوَتَ بَيْنَ الشهور في مقدارِ الأُجْرَة.

وكذلكَ: لو قال: هذا الشَّهر كُلّ يَوْمٍ بكذا.

---

(١) في أ: عيناً.

ولو قال: أَجَرْتُكَ هذه الدارَ كُلَّ شهر بدينارٍ ـ: فالمذهبُ: أنه لا يصحُّ؛ لأنَّه لم يبيِّن المُدَّةَ.

وقال في «الإملاء»: يَصِحُّ في الشَّهْر الأوَّل؛ لأنه معلومٌ، وما زاد مجهولٌ. لا يصحُّ.

وكذلك: لو قالَ: أَجَرْتُكَ كُلَّ شهرٍ من هذه السَّنة بكذا ـ: لم يَصِحَّ؛ لأنَّه لم يُضِفْ إلَىٰ جميع السَّنَةِ.

وقال ابنُ سُرَيْج: يَصِحُّ[1] في شَهْرٍ واحدٍ؛ كما لو قال: أَجَرْتُكَ هذا شهراً[2] بدينارٍ، وما زاد فبحسابِهِ ـ: صَحَّ في شهرٍ واحدٍ، وقد ذكر الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ: أنَّه لو ٱكْتَرَىٰ دابَّةً ليحملَ علَيْها عَشَرَةَ أَقْفِزَةٍ بعَشَرَةٍ، وما زاد فبحسابِهِ؛ أنه يَصِحُّ في شهرٍ، وفرق بينهما مِنْ حيثُ إنَّ هناك أفرد الشهر الأوَّل بالعَقْد، وأفرد الأقفزة بالعشرة عَمَّا سواها؛ فصحَّ العَقْدُ فيها، وفيما نَحْنُ فيه ـ: لم يُفْرَدِ الشَّهْرُ عمَّا بعده؛ فلم يصحَّ في شيءٍ منه[3].

ولا يصحُّ إجارةُ الزمانِ المستَقْبَلِ؛ مثْلُ: إنْ قال: أَجَرْتُكَ هذه الدَّارَ سَنَةً ٱبتداؤُها من الغَدِ أو الشَّهْر الثَّاني، أَوْ هذه الدَّابَّةَ إلى موضع كذا؛ لتخرج غداً.

وعند أبي حنيفة[4]: يصحُّ ذلك لنا: أنه تأخَّر مقتضى العقد عنه، كما لو ٱشتَرَىٰ داراً أو عبداً بشَرْط ألاَّ يسلم إلاَّ بَعْدَ شهرٍ ـ: لا يجوزُ.

فإنْ كان العَقْدُ في الذِّمَّةِ بأَنْ قال: أَلْزَمْتُ ذِمَّتَكَ حَمْلِي عَلَىٰ دَابَّتِكَ غداً إلَىٰ موضِعِ كذا بكذا، أو غسل ثَوْبِي غداً، أو قال: بعد شهرٍ ـ: فهذا يجوزُ، كما لو أَسْلَمَ في شيءٍ مؤجَّلاً: يجوز، فإن أطلق ـ: يكون حالاً، وكذلك: لو أَجَرَ داره شهر رمضان من إنسان، ثم قبل مضيِّ رمضـان أَجَرَهَـا شوالاً مِنْ غيره ـ: لا يجوزُ، وإن أَجَرَهَا مِمَّنْ هي في إجارَتِهِ ـ: فيه قولانِ:

أصحُّهما: يجوزُ؛ لأنَّ إجارتَهُ متَّصلةٌ ليس لغيره يَدٌ حائلة، كما لو أَجَرَ منه شهرَيْن بعَقْدٍ واحدٍ.

والثَّاني: لا يجوزُ؛ لأنَّه يأخذ الشَّهْر الثاني قَبْلَ مضي الأول؛ فتكون إجارَة المستقبل، وكذلك؛ لو أجر دارَهُ مِنْ زَيْدٍ شهر رمضانَ، وزَيْدٌ أَجَرَهَا مِنْ عمرٍو، ثم الأوَّلُ أَجَرَهَا مِنْ عمرٍو شَوَّالاً قبل مضيِّ رمضانَ ـ: فعلَىٰ قولين.

---

(١) في د: صح.

(٢) في أ: الشهر.

(٣) سقط في د.

(٤) في أ: وعند أبي حنيفة يجوز وعندنا لا يجوز.

ولو أَجَرَها مِنْ زيْدٍ ـ: لا يجوزُ؛ لأنَّها ليْسَتْ في إجارتِهِ.

وهل يجوزُ أَنْ يُؤاجِرَ الشَّيءَ أكثر مِنْ سنة؟ نصَّ ـ ههنا ـ علَىٰ أَنَّ له أَنْ يؤاجِرَ [داره و][1] عبده ثلاثِينَ سنَةً.

وقال في موضع لا يجوزُ أَكْثَرَ مِنْ سنة، وقال في موضع آخر: له أن يؤاجرها ما شاء؛ خرج من هذا: أنه هل يجوز أكثر من سنة؟ فيه قولان.

أصحُّهما: يجوزُ، بدليل قصَّة شُعَيْبٍ مع موسَىٰ، عليهما السلام؛ قال: ﴿عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧]، وكالآجل في الدُّيون: يجوز ما شاء؛ ولأنَّ المنافِعَ كالأعيانِ في أنَّها تُضْمَنُ بالعقْدِ الصحيحِ والفاسدِ، ثم الجَمْعُ بَيْنَ أعيانٍ كثيرةٍ في العقْدِ ـ: يجوزُ؛ كذلك المنافعُ.

والثاني: لا يجوزُ أكثَرَ مِنْ سنةٍ؛ لأنَّهُ عقد علَىٰ مَعْدُومٍ جُوِّزَ لمسيس[2] الحاجة إِلَيْهِ، والحاجةُ تَزُولُ سنَةً واحدةً.

فإنْ قلنا: يَجُوزُ أَكْثَرَ مِنْ سنةٍ، فكم يجوزُ؟ اختلَفَ أَصْحَابنا فيه:

مِنْهُمْ مَنْ قال: ثلاثون سنَةً، ولا يَجُوزُ أكثر؛ لأنَّها نصْفُ عمر الإنْسانِ في الغالبِ.

ومِنْهُمْ مَنْ قال: يَجُوزُ ما شاء.

وحيثُ قالَ: ثلاثون سنةً ـ: لم يُرِدْ به التحديد، بل أراد المبالغَةَ في التكثيرِ.

ومنهم مَنْ قال: يجوزُ قَدْرَ بقاءِ ذلك الشَّيءِ غالباً؛ فإن كان ثوباً ـ: فسنة، وإن كانت دابَّةً ـ: فعَشْر سِنِين، وإنْ كان عبداً ـ: فثلاثين سنةً، وإن كان عقاراً ـ: فما شاء، وإن لم نُجَوِّزْ أَكْثَرَ مِنْ سنةٍ ـ: فلا يشترطُ بيانُ حِصَّة كُلِّ شهرٍ من الأجرة، فإن جوَّزنا ـ: فأجر أكْثَرَ مِنْ سنة، هل يشترطُ أن يبين[3] حصته كلِّ سنةٍ مِنَ الأَجْرِ؟ فيه قولان:

أصحُّهما: لا يشتَرَطُ [كما لو أَجَرَ سنَةً ـ: لم يجبْ][4] بيانُ حصَّة كل شهرٍ، وكما لو اشتَرَىٰ ثلاثة أعبُدٍ صفْقَةً واحدة ـ: لا يجبُ بيانُ حصة كلِّ عبد.

والثاني: يشتَرَطُ؛ لأنَّ المنافِعَ تتفاوَتُ بالأوقاتِ، ورُبَّما تَتْلَفُ العَيْنُ في خلالِ المدَّة؛ فيتنازعان فِي قَدْرِها: يلزمه، فإن قلنا: لا يجبُ البَيَانُ ـ: توزع الأجرة على السِّنينَ علَىٰ أُجُور أمثالها.

---

(١) سقط في د.

(٢) في أ: مساس.

(٣) في د: بيان.

(٤) سقط في د.

ولَوْ بَيْنَ حِصَّة كُلِّ شهرٍ، وفاوت بين الشُّهُور، فإذا ٱنْفَسَخَ العقْدُ في بعضها ـ: يجبُ المسمَّىٰ لما مضىٰ.

وبيانُ العَمَل إذا ٱستأْجَرَهُ ليخيطَ له ثَوْباً ـ: يجبُ أن يبيِّن الثوْبَ وما يُرِيدُ مِنْهُ مِنْ قميصٍ أو سراويلَ أو قَبَاءٍ، ويبيِّن طوله وعَرْضَهُ، وإذا[1] ٱستأجره ليبنيَ له حائطاً ـ: يجبُ أَنْ يبيِّن موضعَهُ ويُبَيِّن طولَهُ وعَرْضَهُ وسُمْكه، وأن يُبَيِّنَهُ مِنْ لَبِنٍ أو طِينٍ أَوْ آجُرٍّ.

وإنِ ٱستأجره لحَفْرِ بئْرٍ أو نهرٍ ـ: يجب أنْ يبيِّن موضعه وعرضَهُ وطُولَهُ وعُمْقَهُ.

وإذا ٱستأجره لضرب لَبن ـ: يجبُ أن يبيِّن العَدَدَ والطُّول والعَرْض والسُّمْك.

وإذا ٱستأجره ليرعَىٰ له مدَّةً ـ: يجب أنْ يبيِّن جنْسَ الحيوانِ وعدده.

ويجوزُ أن يعقد عَلَىٰ جنْسٍ مَعيَّن، وعلَىٰ جنْسٍ في الذمَّة.

وإن[2] ٱستأجره علَىٰ أنْ يعلمه شيئاً مِنَ القرآن ـ: يجبُ أن يبيِّن موضعَهُ، فإن قال: عشر آيات، ولم يبيِّن ـ: لم يجز، وهل يجبُ أَنْ يبيِّن أنه يعلِّمه بحَرْفِ ابْنِ كَثِيرٍ، أو أبي عَمْرٍو، أوْ غَيْرِهِما مِنَ القُرَّاء؟ فيه وجهان.

وإذا ٱستَأْجَرَ وَرَّاقاً ليكتُبَ له مُصْحَفاً أو شيئاً يحلُّ كتابتُهُ ـ: يجوز.

ويجبُ أن يبيِّن كَمْ يَكْتُبُ في كُلِّ صفحةٍ من الخطوطِ، ولا يَجِبُ بيانُ الحروف.

وجملةُ هذا الفَصْل: أنَّ الإجارة علَىٰ ضَرْبَيْنِ:

إجارَةُ عَقَارٍ، وغَيْرِ عقارٍ:

أما العقارُ: فلا يصحُّ إجارته إلاَّ أن يكُونَ مُعَيَّناً؛ لأنَّه لا يجوزُ ٱبتياع العَقَارِ في الذِّمَّة؛ كذلك ٱستئجارهُ.

وتقديرُ منافعها: يكونُ بِبَيَانِ المُدَّة، فيقول: أَجَرْتُكَ هذه الأَرْضَ سنَةً أو سنتَيْنِ بكذا، ولا يمكنُ تقديرُ العَمَل فيه.

أمَّا غَيْرُ العقارِ من العبيدِ والدَّوَابِّ: فيجوزُ إجارَتُهَا معيَّناً، وفي الذمَّة، فإنْ كان معيّناً يمكن تقديرُ المنفعةِ فيهِ بالمدَّة والعمل ـ: فالمدَّة: أن يقولَ: ٱستأجرْتُكَ لتَعْمَلَ لي كذا شَهْراً، والعملُ: أَنْ يَقُولَ: ٱستأجرتُكَ لتَخِيطَ لي هذا الثَّوْبَ، أو ٱكْتَرَيْتُ هذه الدابَّةَ لأَرْكَبَ إلَىٰ موضعِ كذا.

وإنْ كان في الذمَّةِ: تصيرُ المنافعُ معلومةً؛ بتقدير العَمَلِ، وكُلُّ منفعةٍ هي مجهولةٌ في

---

(١) في د: فإذا.

(٢) في د: وإذا.

نَفْسِهَا؛ مثلُ: سكنَى الدَّار، وسَقْيِ الأرض والرَّضاع: يكون تقديرُهَا بالمدَّة؛ لأنَّ السكنَىٰ وما يُرْوَىٰ به الأرضُ مِنَ السَّقْيِ، ويَشْبَعُ منه الصبيُّ من اللَّبَنِ ـ: لا يمكنُ ضبْطه.

فإذا أكْتَرَىٰ دابَّةً للاستقاءِ ـ: يجبُ أن يذكر جنْسَ الدابَّة أنَّها بعيرٌ أو ثَوْرٌ أو بَغْلٌ.

ويجبُ أنْ يعرِّف عَيْنَ البئر، ويبيِّن الدواب؛ لأنَّ الدواب تختلفُ في الصغر والكِبَرِ، ويجبُ بيانُ المدَّة، فيقول: تستقي اليَوْمَ فِي هذا البئْرِ بهذا الدَّلْوِ، ويبيِّنُ العَمَلَ، فيقول: تستقي خمْسِينَ دلواً بهذا الدَّلْو.

ويجبُ تَعْيِينُ الدَّلْوِ ويكونُ آلاتُ الاستقاءِ على المكْتَرِي، ولو ألْزم ذمَّتَهُ، فقال: ألْزَمْتُ ذمَّتَكَ الاستقاءَ مِنْ هذا البئر اليَوْمَ، أو يُبَيِّن العمَلَ، فيقول؛ أسْتقي خَمْسِينَ دَلْواً بهذا الدَّلْوِ منْ هذا البئر ـ: فيجوزُ، ولا يجبُ بيانُ الدابَّة.

وإذا أكْتَرَىٰ للحراسة ـ: يجبُ أن يبيِّن جنْسَ الدابَّة، ويبيِّن الأرضَ؛ لأن الأراضي تختلفُ بالصَّلابة والرَّخَاوة، ويبيِّن المدَّة أو العمل.

فالعَمَلُ: أن يقولَ: أَجَرْتُ هذه الأرضِ، والمدة: أن تقول: أجرت هذه الأرْض يوماً أو شهراً، والآلات على المكترِي وإنْ ألْزَمَ ذمَّتَهُ، فقال: ألْزَمْتُ ذمَّتَكَ لحراسةِ أَرْضِ كذا ـ: جاز؛ كما ذكرنا في الاستقاءِ.

وإذا أكترَىٰ للدِّيَاسِ ـ: لا يصحُّ، حتَّىٰ يعرف الجنس الَّذِي يُدَاسُ.

ثم إنْ كان علَىٰ زَرْعٍ ـ: لا يحتاجُ إِلَىٰ ذِكْرِ الحيوانِ؛ لأنَّه لا غَرَضَ في تعيينه، إنَّما المقصودُ[1] يحصُلُ بالدِّيَاسَة، وإن كان علَىٰ مدَّةٍ ـ: لا يصحُّ، حتَّىٰ يبيِّن جنس الحيوان؛ لأنَّ العمل يختلفُ بأختلافه.

فَصْلٌ في تَعذُّرِ الانتِفَاعِ بالْعَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ

إذا أستأْجَرَ داراً فأنهدمَتْ، أو عَبْداً فَمَاتَ، أو عَيْناً فهلَكَتْ ـ نظر[2]: إنْ هلكَتْ قَبْلَ القَبْضِ، أو بَعْدَما قبض هلكَتْ في الحالِ ـ: ينفسخُ العَقْدُ، ولا شيء على المستأجِرِ، وإنْ هلكَتْ بعدما قَبَضَها وأنقضَتِ المدَّة ـ: فقد أستقرَّتِ الأجرةُ عليه، وإنْ هلكَتْ بعد القَبْضِ في خلالِ المدَّةِ ـ: ينفسخُ العَقْدُ في المدَّةِ الباقيةِ، وسقط عنه بقَدْرِ ما يقابِلُها مِنَ الأُجْرَة، ولا تنفسخُ المُدَّةُ الماضية، وهَلْ له فَسْخُ العقد فيها؟ فيه وَجْهَان:

أصحُّهما: لا؛ لأنَّه حصل تسليمُ منافعها، وهلَكَتْ.

---

(١) في د: الغرض.

(٢) في أ: نظرت.

والثاني: لَهُ الفَسْخُ فيها؛ لأنَّه لم يسلِّمْ له جميعَ المَعْقُودِ عليه.

فإنْ قلنا: له الفَسْخُ فيها، وفَسَخ ـ: يسقطُ عنه جميعُ المُسَمَّىٰ، وعليه أَجْرُ مثل ما مَضَىٰ من المُسَمَّىٰ، ويوزَّعُ على المنفعةِ لا على الزمان، حتَّى لو ٱستأجَرَ سِتَّةَ أشْهر، ولم يَمْضِ مِنَ الزمانِ إلاَّ شهْرَانِ، ويقابلها نصْفُ الأجرة ـ: علَيْهِ نِصْفُ المسمَّىٰ، وإن مَضَتْ أربعةُ أشْهرٍ ولا يقابُلَها إلاَّ ثلُثُ الأجرة ـ: عَلَيْهِ ثُلث المسمَّىٰ.

ولو لم تَنْهَدِمِ الدارُ، ولكِن ٱنْهَدَمَ جدارٌ، أو ٱنكسَرَتْ منها دِعَامَةٌ، أو ٱعْوَجَّتْ، أو ٱنقطع ماءُ البئر، أو تغيَّر بحيث يمنَعُ الشُّرْبَ، أو الوضُوءَ، أو مَرِضَ العَبْدُ، أو ٱعتلَّتْ يده، أو حَدَثَ به ما ينقصُ منفعتَهُ بَعْدَ القَبْضِ، أو قبله ـ: لا ينفسخُ العقد، وللمستأجِرِ أن يَفْسَخَ العَقْدَ في المدَّة الباقية، وهل له الفسخ في المدة الماضية؟ فيه وجهان:

وإنْ لم يفسخ ـ: فعليه كمالُ المسمَّىٰ.

وإن ٱكترَىٰ داراً، فٱنْهَدَمَ بعضُهَا، ورضى المكتري سُكْناهَا، ولم يفسخ[1] العَقْد ـ فهل يلزمُهُ جميعُ الأجرة؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: لاَ؛ لأنَّه لَمْ يستوفِ جميعَ ما ٱستَحَقَّ من المنفعةِ؛ كما لو ٱكترَىٰ داراً سنَةً، فسكنها بَعْضَ السنةِ، ثم غصبت.

والثَّاني: يلزمُهُ جميعُ الأجْرَةِ، لأنَّهُ ٱستوفى جميعَ المعقودِ عليه ناقصاً بالعَيْب؛ كما لو اشتَرَىٰ عَبْداً، فسقَطَتْ يده في يَدِ البائعِ، ورَضِيَ به المشتَرِي ـ: يلزمه جميعُ الثمن.

ولو هَدَمَ المستأجِرُ الدَّارَ، أو قَتَلَ الدابَّة، أو ٱتْلَفَ العَيْنِ ـ: فهو كما لو هَدَمَهَا أو قَتَلَها الآخَرُ، أو ٱنهدمَتْ وماتَتْ الدابة بنَفْسها فِي أنَّه ينفسخُ العَقْدُ في المدَّة الباقية، ولا يتقرَّر عليه الأجْرَةُ، بل عليه قيمةُ العَيْنِ؛ بخلافِ ما لو أَهْلَكَ المشترِي المَبِيعَ قَبْلَ القبضِ ـ: يجعلُ قابضاً، وعليه تَمَامُ الثمنِ؛ لأنَّ البَيْعَ وَرَدَ على العَيْنِ، وقد أتلفها، والإجارةُ وردَتْ على المنفعةِ، وهي معدومةٌ لا تصيرُ موجُودَةً بالإتلافِ.

وقال ابْنُ أبي هريرة: إذا أتْلَفَهُ المستأجر ـ: يستقرُّ عليه جميعُ المسمَّىٰ؛ كما لو قتل المبيع.

والأوَّلُ المذهَبُ، حتَّى لو عيب المستأجر العين، أو كانَتْ طاحونَةٌ فقطع المستَأْجِرُ النَّقير[2]، أو كان عبداً فجرحَه، أو داراً فكسَرَ منه دِعَامَةً ـ: يثبت له الخيارُ في فَسْخ العقد؛ كما لو تعيَّب بنفسه.

---

(١) في أ: ينفسخ.

(٢) النَّقير: ما نقر من الحجر والخشب ونحوه. المعجم الوسيط (٢/ ٩٥٤).

أمَّا إذا كانَت الإجَارَةُ في الذمَّة ـ: فلا ينفسخ العقْدُ بتَلَفِ الدابَّة، ولا يثبت حَقُّ الفسخِ بتَعَيُّبِها، وعلى المكتري[1] الإبْدَالُ، كما لو وجد بالمُسَلَّم فيه عَيْباً ردَّهُ واستبدله[2].

ولو اكتَرَىٰ دابَّةً فهربَتْ، أو عَبْداً فَغُصِبَ أو أَبَقَ ـ نُظِر: إنْ كانَتِ الإجارةُ في الذمَّة ـ: فعلى المكْرِي الإبدالُ، وإنْ لم يَفْعَلْ ـ: يستأجر عليه.

وإنْ كانَتِ الإجارةُ على العَيْنِ، فيثبت للمكتَرِي حَقُّ الفَسْخ؛ سواءٌ هَرَبَتْ أوْ غصبت بعد القَبْضِ أو قبله؛ بخلافِ ما لو أَبَقَ المبيعُ بَعْدَ القَبْض ـ: لم يثبتُ للمشتري فَسْخُ البيع؛ لأنَّ تسليم المَعْقُودِ عليه في البَيْع قد حصَل، وفي الإجارة: لم يحصُلْ؛ لأنَّ المنفعَةَ مَعْدُومَةٌ، وإنْ هَرَبَ، أو غُصِبَ مِنْ يَدِ المستأجِرِ في خلالِ المدَّةِ ـ: انفسَخَ في المدَّة الباقية، وهَلْ ينفسِخُ في الماضِيةِ؟ فعلى وجهين:

الأصحُّ: لا يُفْسَخُ، وعليه مِنَ المسمَّىٰ بقدر ما مضَىٰ مِنَ المُدَّةِ، فلو لم يفسخ العقد ـ نُظِرَ: إنْ كان قَدِ استأجر مدَّةً معلومةً، ولم تعد إلَىٰ يَدِهِ حتَّىٰ انقضَتِ المدَّةُ ـ: انفسخ العَقْد، وسَقَط عنه المُسَمَّىٰ.

وإنْ عاد قَبْلَ انقضاء المدَّة ـ: ينتفع به بقيَّة المُدَّة، وسَقَطَ عنه بقَدْرِ ما كان غائباً عنه، وإنْ كان قد استأجر لعملٍ معلومٍ، ولم يفسخ: فإذا عاد ـ: استعمله.

ولو أَجَرَ عبداً، ثم أعتقه الآجِرُ ـ: يَعْتِقُ، ولا تبطُلُ الإجَارَةُ.

وهل للعَبْدِ أن يَرْجِعَ على المَوْلَىٰ بأَجْرِ مِثْلِ المدَّة الباقية؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: لاَ يَرْجِعُ؛ لأنَّهُ استَحَقَّ منفعته بالعَقْدِ قَبْلَ الْعِتْقِ.

فإنْ قُلْنَا: يَرْجِعُ بالأُجْرَةِ ـ: كانَتْ نفقتُهُ علَىٰ نَفْسِهِ لا على السَّيِّدِ؛ لأنَّهُ يَمْلِكُ منفعةَ نَفْسِهِ بَعْدَ العتق؛ كما لو أَجَرَ نَفْسَهُ بَعْدَ الْعِتْقِ.

وإنْ قُلْنا: لا يرجعُ ـ: ففِي نفقته وَجْهان:

أحدُهُما: علَىٰ المَوْلَىٰ؛ لأنَّهُ كالباقي على ملكه؛ بدليلِ أنَّ منفعته له.

والثانِي: في بيتِ المالِ؛ لأنّه لا يمكنُ إيجابُهَا على المَوْلى لزوالِ ملكِهِ، ولا على العَبْدِ؛ لأن منفعتَهُ لغيره.

وكذلك: لو أَجَرَ أُمَّ ولده شَهراً، فمات السَّيِّدُ في خِلاَلِ الشَّهْرِ ـ: تَعْتِقُ أُمُّ الوَلَدِ، والإجارَةُ لا تبطل.

---

(١) في أ: المكري.

(٢) في أ: واستبدل.

وقيلَ في أُمِّ الولد: تبطُلُ الإجارةُ بمَوْت السيِّد؛ لأنَّه أنهى[(١)] ملْكَهُ؛ كما لو أَوْصَىٰ له بمنفعةِ عبدِهِ حين حياته، فأجره الموصَىٰ له، ثم مات ـ: تَنْفَسِخُ الإجارة ـ: قال الشَّيْخُ: وكَذَلِكَ: لو أَجَرَ المعلَّقَ عِتْقُهُ بالصِّفَةِ، فوُجِدَتِ الصفةُ في خلالِ المدَّة ـ: يعتقُ، وهل تبطل الإِجارَةُ ـ: فكأم الولدِ[(٢)].

قال ـ رحمة الله عليه ـ: إنَّمَا تصحُّ إجارته، إذا كان لا يتحقَّق وُجُودَ الصفةِ قَبْلَ ٱنقضاءِ الأَجَلِ: فإنْ تحقَّق وجودُ الصِّفة في خلال المُدَّة ـ: وجبَ ألاَّ يَجُوزَ، كما لا يجوزُ إجارَةُ الصبيِّ مدَّةً يتحقَّق بلوغه في خلالها.

ولو أَجَرَ داراً أو عَيْناً، ثم باعها، أو وهبها ـ [نُظِرَ: إن باعها][(٣)] مِنَ المستَأْجِرِ ـ: يصحُّ؛ لأنَّهُ لا حائلَ دُوْنَهُ؛ كما لو بَاعَ المغصُوبَ من الغاصِبِ، والمرهُونَ مِنَ المُرْتَهِنِ، وهَلْ ينفسخُ عَقْدُ الإجارة؟ فيه وجهان:

أحدهما: ينفسخُ؛ كما لو ٱشترى زوجَتَهُ: ينفسخُ النكاحُ.

والثَّاني ـ وهو الأصح ـ: لا ينفسخُ؛ بخلاف النكاحِ؛ لأنَّ ثمن مِلْكِ الرقبة يغلبُ على ملك الرقَبَةِ [وملك الرقبة] يغلبُ على ملكِ المنفعةِ؛ بدليلِ أَنَّ مَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ وقَبَضَ الصَّدَاق ـ: لا يجبُ عليه تسليمُ الأَمَةِ.

وفي الإجارةِ: ملكُ المنفعةِ يُغَلَّبُ؛ بدليلِ أنَّ الأجيرَ إذَا قَبَضَ الأُجْرَةَ: يجبُ تسليم العَيْن.

فإنْ قلنا: لا تنفسخُ الإجارَةُ: فلو تَلِفَتِ العينُ، أو انْهَدَمَتِ الدارُ بَعْدَ القبض ـ: تنفسخُ الإجارَةُ، ويستردُّ من الأجرة بقدر ما يقابلُ المُدَّةَ الباقية، والبَيْع بحاله.

ولو[(٤)] وَجَدَ بالدار أَوْ بالعَيْنِ عيباً، وَرَدَّهَا بِحُكْمِ البيعِ ـ: فله أن يمسكها، وينتفع بها بقيَّةَ مُدَّة الإجارة، وإن قلْنا: تنفسخ الإجَارَةُ ـ: يستردُّ أجرة المدَّة الباقية، وإذا فسخ البيع بعَيْبٍ ـ: لم يكن له إمْسَاكُهُ بَقِيَّةَ المدَّة؛ لأنَّ الإجارة قد ٱرتفعَتْ بالبيع.

أمَّا إذا باع أو وهب العَيْنَ المستأْجَرَةَ مِنْ غَيْر المستأجِرِ ـ: هل يصحُّ البَيْعُ والهِبَةُ؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يصحُّ، لأنَّ منفعتهما مستَحَقَّةٌ للغير، ويَدُ المستأجر تَحُولُ دونه؛ كبَيْعِ

---

(١) في أ: انتهى.

(٢) في د: أم الولد.

(٣) سقط في د.

(٤) في د: وإن.

المغصوبِ مِنْ غَيْرِ الغاصبِ، والمرهونِ من غير المرتَهِنِ: لا يصحُّ.

والثَّاني - وهو الأصح، نصَّ عليه في كتابِ «الصلح» -: يَصِحُّ البَيْعُ؛ كما لو بَاعَ من المستأجِر، وكما لو زَوَّجَ أمةً، ثم باعها: يصح البيع، ولا تنفسخُ الإجارة، كما لا ينفسخ النكاح، بل يترك في يد المستأجر إلى انقضاءِ مُدَّتِهِ، كما لو باع أرضاً مشغولةً بِزَرْعٍ للبائع -: يصحُّ، ويبقى الزرعُ إلى الحَصَادِ، فإذا صَحَّحْنَا البَيْعَ -: فللمُشْتَرِي الخِيَار إن كان جاهلاً بكونها في إجارَةِ الغَيْرِ.

وإنْ كان عالماً -: لا خِيَارَ له، أو كان جاهلاً وأجاز العَقْدَ -: فلا أجرةَ لَهُ لِتِلْكَ[1] المدَّةِ، وجعل كأن البائع أستثناها لنَفْسِهِ.

ولو وجد المستأْجِرُ به عَيْباً، وفسخ عقد الإجارة -: فمنفعةُ بقيَّة المدَّة لِمَنْ تكُونُ؟ فيه وجهان:

أحدُهُمَا: للبائعِ؛ لأنَّا أبْقَيْنَا منفعةَ تلكَ المُدَّة علىٰ حُكْمِ مِلْكِهِ.

والثاني: يكونُ للمشتري؛ لأنَّ أستثناء تلك المنفعة للمستأجِرِ، وقدْ رَدَّهُ المستأجرُ كما لو أشتَرَىٰ جاريَةً مزوَّجةً، فطلَّقها زوجها: تكونُ منفعةُ البُضْعِ للمشتري.

نظيرُهُ: لو أوصَىٰ لإنسانٍ بخدمةِ عبدِهِ، ولآخَرَ برقبته، ومات، فَرَدَّ الموصَىٰ له بالخدْمَةِ الوصيَّةَ -: فالخدمةُ لمن تكُونُ؟ فيه وجهان.

أحدهما: للوَارِثِ.

والثاني: للموصَىٰ له بالرقبة.

ولو أستَأْجَرَ داراً، وأراد المستَأْجِرُ أَنْ يؤاجِرها من غيره بَعْدَ ما قبض -: يجوز؛ سَوَاءٌ أجر بأكْثَرَ مِمَّا أستأجر أو بأقَلَّ.

وعند أبي حنيفة - رحمةُ اللَّهِ عَلَيْهِ -: إنْ أجَرَهُ بأكثَرَ مِمَّا أستأجر -: لا يطيبُ له الرِّبْحُ إلاَّ أَنْ يكُونَ قد عمر فيها عمارَةً، حتَّىٰ يقع الربْحُ في مقابلة العمارة، وبالاتفاق: لو اشتَرَىٰ شيئاً، فباعه بأكَثَرَ مِمَّا أشترى طابَ له الرِّبْحُ؛ [لأنَّه][2] يملك[3] العيْنَ؛ فله أن يربَحَ عليها، كذلك في الإجارة: يملكُ المنفعة؛ فجاز أن يربح عليها.

---

(١) في د: أو.
(٢) سقط في د.
(٣) في ظ: بملك.

ولو أَنَّ المستأجر أَجَرَهَا قبل القَبْض ـ: هل يجوز؟ فعلَىٰ وجهين؛ بناءً على إجارة المبيعِ قَبْلَ القبض.

فإذا أراد المُسْتَأْجِرُ أَنْ يؤاجِرَهَا مِنَ الآخر بعد القَبْضِ، هل يجوزُ أَمْ لا؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: يجوز؛ كما لو ٱشْتَرَىٰ شيئاً، ثم باعه من بائعه ـ: يجوز.

نَظِيرُهُ: لو أَوْصَىٰ لإنسانٍ برقبةِ عبده، وللآخرِ بخدمتِهِ، ثم الموصَىٰ له بالخدمةِ أَجَرَهُ مِنَ الموصَىٰ له بالرقبةِ ـ: هل يجوزُ أَمْ لا؟ فيه وجهان.

ولو ٱستأجر حُرًّا للعمل، فبعد ما سلَّم الأجير نَفْسَهُ إليه: له أَنْ يؤاجِرَهُ مِنْ غيره، وقال الشَّيْخُ القفَّال ـ رحمة الله عليه ـ: لا يجوزُ؛ لأن الحُرَّ لا تحتوي علَيْهِ اليد.

ولو أَجَرَ الأَبُ ولدَهُ الصَّغيرَ، أو القَيِّمُ أَجَرَ الطِّفْلَ على النَّظَر، وأَجَرَ ما له مدَّةً لا يبلُغُ فيه؛ مثْلُ: إنْ كان عَشْرَ سنين، فأجره أَقَلَّ من خَمْسِ سنين ـ: جاز؛ لأنَّ الغالب أنه لا يبلُغُ فيه، فإذا بلغ بالاحتلامِ قَبْلَ تمام المدَّة؟ هل تنفسخُ الإجارَةُ؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: تنفسخُ؛ لأنَّا تبيَّنا أنَّه عقدَهُ على مدَّةٍ لم يكُنْ له عليه ولايةٌ.

والثاني: لا يَنْفَسِخُ؛ لأنَّه عقد حين عقد كان وليًّا؛ كما لو أَجَرَ عَبْدَهُ مُدَّةً، ثُمَّ عَتَقَ ـ: لا يَنْفَسِخُ.

وإنْ قلنا: لا ينفسخُ ـ: فهل لَهُ أن يفسخ العَقْد علىٰ نفسه؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: لا؛ كالعَبْد إذا عَتَقَ.

والثاني: لَهُ ذلك؛ بخلافِ العَبْد؛ فإن السيِّد عَقَدَ لنفسه؛ لأنَّ منافعه كانَتْ مِلْكاً له؛ كالرَّقَبَةِ، فإذا أعتقه كأنَّه أَزَالَ مِلْكَه عَنِ الرقبة دون المنفعةِ، والوليُّ لم يَعْقِدْ لنفسه، بل عقد على الصبيِّ؛ فيكونُ علَىٰ النَّظَر، وليس من النظر ٱستدامَتُهُ بَعْدَ البلوغ.

أَمَّا إذا أجره مُدَّةً يبلُغُ في خلالها بأنْ كان ابن[1] عشرٍ، فأجره سِتَّ سنين ـ: لا تصحُّ الإجارة.

وقيلَ: لا تصحُّ فيما زادَ عَلَىٰ البلوغ، وفيما دونَهُ قولان.

والأولُ أصحُّ أنه لا يصحُّ؛ كما لو أَجَرَ الراهِنُ الرهْنَ مدّة يتحقَّقُ حلولَ الدَّيْن قبل ٱنقضائها ـ: لا يصحُّ.

---

(١) في أ: له.

ولو ٱستأجر ٱمرأةً لإرضاعِ ولدِهِ ـ: جاز[1]، وإنْ كان فيه إتلافُ اللبن.

(١) وقد أجاز جميع الفقهاء هذه المسألة، لـورُود النص بها، وهو قوله تعالى: ﴿فإنْ أرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾. بَيْد أنهم اختلفوا في مورد العقد، أهُوَ اللبن قصداً؟ أم خدمة الصبي قصداً واللبن تابع لها؟ إلى الأول ذهب الجمهور، إلـى الثاني ذهب الشافعية، وإليك أدلة كل من الفريقين.

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

أولاً: قوله تعالى: ﴿فإن أرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾، فإن الله تعالى لما رتب الأجرة على الإرضاع، دلَّ على أن اللبن مقصود بالعقد، فإنَّ إلقام الثدي لا ثمرة له إلا اللبن، فيكون اللبن هو المقصود.

وثانياً: أن المرأة لو أرضعت الصبي بلبن شاة، وقامت بخدمته بعد ذلك في جميع الأوقات، فإنها لا تستحق شيئاً من الأجرة باتفاق جميع الفقهاء، فدلَّ ذلك على أن لبنها هو المقصود بالعقد.

استـدل الشافعية على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

أولاً: إنَّ اللبن عين، والأعيان لا يستحق بعقد الإجارة. ونُوقش هذا الدليل بأنَّ الأعيان إنما لم تستحق بعقد الإجارة في الأمور التي لا تدعو إليها الضرورة، وها هنا قد دعت الضرورة إلى استئجار الظِّئْرِ للبن؛ لأن غيره لا يقوم مقامه، فتكون الإجارة لاستيفائه رخصة.

ثانياً: أنه لو كان مورد الإجارة اللبن لجازت إجارة سائر الحيوان للبنه مع أنه لا يجوز.

ونوقِشَ بأن رخصة جاءت على خلاف القياس، وما جاء على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس.

هكذا ناقش الجمهور الدليلين المذكورين، وهذا مبني على اتفاقهم على أن الإجارة عقد على استيفاء المنافع، ولو توسعوا فقالوا: إنها عقد على استيفاء ما يتجدد شيئاً فشيئاً مع بقاء أصله سواء أكان من المنافع أم من الأعيان، لَمَا احتاجوا إلى المناقشة بأن هذه المسألة من قبيل الرخص التي دعت إليها الضرورة، فجاءت على خلاف القياس، وقد أطال الكلام في ذلك ٱبنُ القيِّم وإليك خلاصة ما قال في زاد المعاد:

«وأما بيع اللبن فمنعه أصحاب أحمد، والشافعي، وأبو حنيفة ـ رحمهم الله ـ والذي يجب فيه التفصيل. فإن باع الموجود في الضَّرْعِ لم يجز مفرداً، ويجوز تبعاً للحيوان؛ لأنه إذا بِيعَ مفرداً تعذر تسليم المبيع بعينه إذ لا يعرف مقدار ما وَقع عليه البيع. فإنه وإن كان مشاهداً كاللبن في الظرف، لكِنَّه إذا حلبه خلفه مِثله مما لم يكن في الضرع فاختلط المبيع بغيره على وجه لا يتميز، وأما إن باعه أصْوَاعاً معلومة من اللبن يأخذها من هذه الشاة، أوْ باعه لبنها أياماً معلومة، فهذَا بمنزلة بيع الثمار قبل بُدُوِّ صلاحها لا يجوز، وأما إن باعه لبناً مطلقاً موصوفاً في الذمة واشترط كونه من هذه الشاة أو البقرة، فقال شيخنا: «يعني ٱبْن تيميَّة» هذا جائز، واحتج بما في المسند من أن النبي ـ ﷺ ـ نَهَى أنْ يُسْلِمَ في حائط بعينه إلا أن يكون قد بدا صلاحه. قال فإذا بَدَا صلاحه، وَقَال أسلمت إليك في عشرة أوْسُقٍ من ثمر هذا الحائط، جاز كما يجوز أن يقول: ٱبْتَعْتُ منك عشرة أوْسُقٍ من هذه الصبرة، ولكن الثمن يتأخر قبضه إلى كمال صلاحه. هذا لفظه.

وأمَّا إن أجره الشاة أو البقرة، أو النَّاقة مدة معلومة، لأخذِ لبنها في تلك المدة، فهذا لا يُجَوِّزُهُ الجمهور، وٱختار شيخنا جوازه وحكاه قولاً لبعض أهلِ العلم، وله فيها مصنف مفرد.

قال: إذا استأجر غنماً أو بقراً، أو نوقاً أيام اللبن بأجرة مسماة مع علفها، أو علفها على المالك، أو بأجرة مسماة على أن يأخذ اللبن جاز ذلك في أظهر قولي العلماء، كما في الظِّئْرِ، قال: هذا يشبه البيع ويشبه الإجارة، ولهذا يذكره بعض الفقهاء في البيع، وبعضهم في الإجارة، لكن إذا كان اللبن يحصل =

. . . .

= بعلف المستأجر، وقيامه على الغنم فإنه يشبه استئجار الشجر، وإن كان المالك هو الذي يعلفها وإنما يأخذ المشتري لبنا مقدراً فهذا بيع محض، وإن كان يأخذ اللبن مطلقاً فهو بيع أيضاً، فإنَّ صاحب اللبن يوفيه اللبن بخلاف الظئر فإنَّها تسقي الطفل، وليس هذا داخلاً فيما نهى عنه ـ ﷺ ـ مِن بيع الْغَرَرِ؛ لأن الغرر تَرَدُّد بين الوجود والعدم، فنهى عن بيعه، لأنه من جنس الميسر، واللَّهُ حرم ذلك لما فيه من أكل المال بالباطل، وهذا إنما يكون ميسراً إذا كان أحد المتعاوضين يحصل له مال، والآخر قد يحصل له، وقد لا يحصل كما في بيع العبد الآبق، فأما إذا كان شيئاً معروفاً بالعادة كمنافع الأعيان بالإجارة مثل: منفعة الأرض والدَّابة، ومثل: لبن الظئر المعتاد، ولبن البهائم المعتاد، ومثل الثمر والزرع المعتاد فهذا كله من باب واحد، وهو جائز، ثم إنْ حصل على الوجه المعتاد وإلا حُطَّ عن المستأجر بقدر ما فات من المنفعة المقصودة وهو مثل ما إذا تلف بعض المبيع قبل التمكن من القبض.

فإن قيل مورد عقد الإجارة إنما هو المنافع، لا الأعيان ولا يصح استئجار الطعام ليأكله والماء ليشربه، وأمَّا إجارة الظئر فعلى المنفعة: وهي وضع الطفل في حجرها وإلْقَامِهِ ثديها واللبن يدخل ضمناً، وتبعاً، فهو كنفع البئر في إجارة الدار، ويغتفر فيما دخل ضمناً وتبعاً ما لا يغتفر في الأصول والمتبوعات.

قيل للجواب عن هذا من وجوه:

أَحَدُهَا: منع كون عقد الإجارة لا يرد إلا على منفعة، فإن هذا ليس ثابتاً بالكتاب، ولا بالسنة، ولا بالإجماع، وغايته قياس محل النزاع على إجارةِ الخبز للأكل، والماء للشرب، وهذا من أفسد القياس فإن الخبز تذهب عينه، ولا يستخلف مثله، بخلاف اللبن، فإنه لما كان يستخلف ويحدث شيئاً فشيئاً كان بمنزلة المنافع.

ثانيها: أنَّ الثمر يجري مجرى المنافع، والفوائد في الوقف والعارية ونحوهما، وهذا تبرع بنماء المال وفائدته، فمن دفع عِقَاره إلى من يسكنه فهو بمنزلة من دَفع دابته إلى من يركبها، أو شجرته إلى من يستثمرها، أو أرضه إلى من يزرعها، أو شاته إلى من يشرب لبنها. فهذه الفوائد تدخل في عقود التبرع، فكذلك تدخل في عقد الإجارة.

ثالثها: أن الأعيان نوعان: نوع إذا ذهب ذهب جملة، ونوع كلما ذهب منه شيء خلفه مثله، فهذا رتبة وسطى بين المنافع وبين الأعيان التي من النوع الأول، وشَبَهُهُ بالمنافع أقوى، فإلحاقه بها أولى.

رابعها: أن الله سبحانه نَصَّ في كتابه على إجارة الظئر، وسمى ما تأخذه أجراً، وإنما ظن أنها على خلاف القياس حيث توهم أن الإجارة لا تكون إلا على منفعة، وليس الأمر كذلك، بل الإجارة تكون على كل ما يستوفى مع بقاء أصله، سواء أكان عيناً أو منفعة، فإنَّما كان لبن الظئر يستوفى مع بقاء الأصل جازت الإجارة عليه كما جازت على المنفعة، وهذا محض القياس.

خامِسُهَا: أن الأصل في العقود وجوب الوفاء إلاَّ ما حرم الله ورسوله، وليس مع المانعين نص بالتحريم.

سادسها: أن الذين منعوا هذه الإجارة لَمَّا رأوا أن إجارة الظئر ثابتة بالنص، والإجماع، والمقصود بالعقد إنَّما هو اللبن، وهو عين تمحلوا لجوازها أمراً يعلمون هم والمُرْضِعَة والمُسْتَأجِرَ بطلانه. فقالوا: العقد إنَّما وقع على وضعها الطفل في حجرها؛ وإلقامه ثديها واللبن يدخل تبعاً، والله يعلم والعقلاء قاطبة أنَّ الأمر ليس كذلك وأن رضع الطفل في حجرها ليس مقصوداً أصْلاً لا عرفاً ولا حقيقة ولا شرعاً، ولو كان المقصود إلْقام الثدي المجرد لاستؤجر له كل امرأةٍ لها ثدي، ولو لم يكن لها لبن.

=

ولا يجوزُ إهلاكُ العَيْنِ بِعَقْدِ الإجارةِ، ولكنْ جوَّزناها هنا لأجل الضرورة؛ لأن الغالبَ أَنَّ المولود إنَّما يتربَّىٰ بلَبَنٍ يصلُ إلَىٰ جوفه مِنَ الثَّدْيِ، ولا يمكنُ شراؤُهُ؛ فجوزت الإجارة للحَضَانة[1] وللإرضاع.

ولاَ يَصِحُّ حتَّىٰ يعرف الصبيَّ الذي يعقد على إرضاعه، ويعرف موضعَ الإرضاعِ، وعلى المرضعة مِنَ الأَكْلِ والشُّرْب ما يدرأ به اللَّبَنَ، وللمستأجر مطالبَتُهَا؛ لأنَّه مِنْ مقتضى

= سابِعُهَا: أنَّ النبي ـ ﷺ ـ ندب إلى مَنِيحة العنز والشاة للبنها، ومعلوم أن هذا ليس ببيع ولا هبة، فإن هبة المعدوم المجهول لا تصح، وإنما هو عارية الشاة للانتفاع بلبنها، وما جاز أن يستوفى بالعارية، جازَ أن يستوفى بالإجارة.

ثامِنُهَا: ما ثبت أن أُسَيْدَ بْنَ حُضَير توفي، وعليه ستة آلاف درهم دين فدعا عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ غُرَمَاءَهُ فقبلهم أرضه سنتين وفيها الشجر، والنخل، وحدائق المدينة الغالب عليها النخل، والأرض البيضاء فيها قليلة، فهذه إجارة الشجر لأخذ ثمره، ومن ادعى أن ذلك خلاف الإجماع، فَمن عدم علمه بل ادعاء الاجماع على جواز ذلك أقرب، فإن عمر فعل ذلك بالمدينة بمشهد المهاجرين والأنصار، وهي قصة في فطنة الاشتهار، ولم يقابلها أحد بالإنكار بل تلقاها الصحابة بالتسليم والإقرار.

فالأقوال في العقد على اللبن في الضرع ثلاثة:

أحدها: منعه بيعاً إجارة، والثاني جوازه بيعاً وإجارةً، والثالث جوازه إجارة لا بيعاً. اهـ.

ومنه تعلم أنه لا مانع من أن يكون العقد على الشاة للبنها من قبيل الإجارة إذا أخذها مريد اللبن عنده ليحلب منها اللبن إذْ لا فرق بينها وبين الظئر.

بخلاف ما لو عقد عليها، وأبقاها عند صاحبها يحلبها، ويدفع إليه لبنها فهذا بيع، وكلاهما تدعو الحاجة إليه. ينظر: نص كلام شيخنا منصور محمد الشيخ في الإجارة.

(١) الحضانة مأخوذة من الحضن، وهو: ما تحت الإبط، وما يليه وسميت التربية حضانة تجوزاً، لأنها على الحقيقة حضانة الطائر لبيضه وأفراخه فإنه يجعلها تحت جناحيه، فسميت تربية الطفل بذلك أخذاً من فيل الطائر بأفراخه وبيضه.

ثم الحضانة قسمان: أَحَدُهما: الحضانة الكبرى، وهي: تربية الصبي ذكراً كان أو أُنثىٰ بما يصلحه كالتعهد بغسل جسده، وثيابه ودهنه وكحله، وربطه في المهد، وتحريكه لينام، ونحوها مما يحتاجه الصبي.

ثانيهما: الحضانة الصغرى بأن تلقم المرأة بعد وضعه في حجرها مثلاً الثدي وتعصره عند الحاجة.

ومتى أُطْلقتِ الحضانة انصرفت للحضانة الكبرى فمن استأجر امرأة للحضانة والإرضاع حقاً والأمر ظاهر، ومن استأجرها للحضانة، ولم ينص على الإرضاع، أو للإرضاع ولم ينص على الحضانة، فهل يدخل غير المنصوص في العقد أو لا يدخل؟ فيه أقوال ثلاثة:

أحدها: أنه يدخل إليه ذهب الحنفية، وهو أحد قولي الشافعي وأحد وجهين للحنابلة.

وثانيها: أنه لا يدخل وهو قول الثَّوْري وابن المنذر، والقول الآخر للشافعي، والوجه الآخر للحنابلة.

ثالثها: أنه لا يدخل إلا إن قضى العرف بذلك، وهو مذهب المالكية وإليك وجهة نظر كل منهم:

ـ وجهة الفريق الأول: أن العرف قضى بأن تقوم المرأة الواحدة بحضانة الطفل وإرضاعه إن كان رضيعاً،

التَّمَكُّنِ من الرضاعِ، وفي تَرْكِهِ إِضرارٌ بالصبيِّ، وإن[١] استأجر للحضانةِ والإرضاعِ جميعاً ـ: جاز.

والحضانة: هِيَ تَعَهُّدُ الصبيِّ وحفْظُهُ وإِصْلاَحُهُ بغَسْلِ رأسِهِ ونجاسَتِهِ وثيابِهِ، وتَدْهِينُهُ وتكحيلُهُ وتنويمُهُ[٢] وما يحتاج إليه، ثم المعقُودُ عليه ماذا؟ اخْتَلَفُوا فيه:

فمنهم من قال: المعقُودُ عليه اللَّبَنُ، والحضانَةُ تَبَعٌ؛ لأنَّ اللَّبَنَ أشدُّ مقصوداً للولدِ؛ فعلَىٰ هذا: إذا انقطع اللبَنُ ـ: ينفسخ العقد فيه.

ومنهم من قال: المعقودُ عليه الحضانَةُ، واللَّبَنُ تَبَعٌ؛ لأنَّ الإِجَارَةَ تَرِدُ على المنفعة، فعلىٰ هذا، إذا انقطَعَ اللَّبَنُ: ينفسخ العَقْدُ فيه.

وهل يَنْفَسِخُ في الحضانة؟ فعلَىٰ قولَيْ تفريقِ الصفقةِ.

ولو اسْتأْجَرَ امرأةً للحضانةِ ـ: لا يدخلُ فيه الرضاعُ.

فلو استأجرَ للإرضاعِ: فإن قال: بلا حضانة ـ: فلا تلزمُ الحَضَانَةُ، وإن أطلق ـ: فهل تلزَمُ الحضانَةُ؟ فيه وجهان:

= لما هو معلوم أنه ليس له نظام خاص في الرضاع، والنوم والاستيقاظ، فقد يكون ذلك بالليل أو النهار، وليس من السهل أن تكلف المرضعة بالمرور على الطفل كل ساعة لترضعه إذا كان الحاضن له غيرها.
وجهة نظر الفريق الثاني: أن الحضانة عملية شاقة، وليس من اليسير أن تكلف المرضعة بالقيام بها بلا شرط سيما إذا كانت الأجرة مقدرة على الرضاع، فلو أننا كلفناها القيام بالحضانة لكنا قد استوفيناها منها بدون أجرة، وهذا ما ذمه رسول الله ـ ﷺ ـ في قوله عن الله: ﴿وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَاسْتَوْفَىٰ مِنْهُ، وَلَمْ يُوَفِّهِ أَجْرَهُ﴾ في الحديث الذي سبق ذكره في الكلام على مشروعية الإجارة. وجهة الفريق الثالث أن ما لم ينص عليه في العقد لا معنى لدخوله فيه إلا إن قضى العرف بذلك فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.
وبقليل من التأمل يظهر للباحث رجحان رأي الفريق الثالث. فإن القول بتبعية غير المنصوص للمنصوص في جميع الصور فيه إجحاف بالمرضعة، لأنها قد تقبل الأجر اليسير إذا استؤجرت على أحدهما ولم يقض عرف بدخول الآخر لعدم خطوره ببالها.
ودعوى أن العرف قاض فعلاً بدخول أحدهما في الآخر دائماًإنماهي دعوى مبالغ فيها فهي في حيز المنع.
والقول بعدم التبعية في جميع الصور فيه إجحاف بأهل الطفل فإنهم قد يبذلون الأجر الكبير عند قضاء العرف بدخول أحدهما في الآخر، فيكون غير المنصوص مَنْوِيًا لهم عند العقد، وبذل الأجرة، فتعين التفصيل بين ما لو قضى العرف بالتبعية، ومَا لو قضى بعدمها، وهو مذهب المالكية.
ينظر: نص كلام شيخنا منصور محمد الشيخ في الإجارة.

(١) في د: فإن.

(٢) في د: تقويمه.

الأَصَحُّ: لا تلزمُ؛ لأَنَّهُ لم يشرطْهَا، وهما منفعتانِ مقصودَتَانِ؛ تنفرد إحدَاهُمَا عن الأخرى؛ فلا تتبع إحداهما الأخرى.

والثاني: تلزم؛ للعَادَةِ الجارية به.

وإذا اَستأجر للإرْضَاعِ ـ: فلا يتأتَّى إلاَّ بفعْلٍ مِنْ جهتها من الاعتشار[١] والتمكين من الارتضاع.

وَاختلفوا في أنَّ العَقْدَ يتناول اللبَنَ، وفعلها تبع أَمْ يتناوَلُ فعْلَهَا؛ واللبن تَبَعٌ؟

مِنْهُمْ مَنْ قَالَ: يتناوَلُ اللبن؛ لأنَّه المقصودُ؛ ألا تَرَىٰ أنه لَوِ اَنتقص اللَّبَنُ ـ: ثبت للمستأجِرِ الخيارُ، ثم يدخل الفعل تبعاً؛ لأنَّه سَبَبُ وصولِ المقصودِ إليه.

ومنْهُمْ من قال ـ وهو الأصح ـ: العَقْدُ يتناوَلُ فعْلَهَا، واللبن تبع، لأنَّ الله تعالىٰ قَالَ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]؛ جعل الأجرةَ عَلَىٰ فِعْلِ الإرضاعِ دُونَ اللَّبَنِ؛ ولأنَّ اللبن عَيْنٌ، وتدخل الأعْيَانُ في عقد الإجارة تبعاً لا مقصودةً؟ كما يكتري البئر ليستقي ماءَهَا، ويكتري داراً ليسكنها وفيها بِئْرُ ماءٍ ـ: يجوز أن يستقي ماءَهَا.

ولو اَستأجَرَ اَمْرَأَةً على كفالةِ الوَلَدِ؛ لتتعهَّده، وتربيه، وينفق الأب ويكْسُوه ـ: جاز، إذا بَيَّنَ المدة.

وإذا اَستأجرها؛ لتكُونَ النفقة وما يحتاج الصبيُّ إليه عليها: فإن لمْ يبيِّنْ ما تنفقُ عليه ـ: لا يجوزُ، وإن بيَّن ما تنفق علَيْهِ كُلَّ وقت جِنْساً ووصفه بصفاتِ السَّلَمِ ـ: فَهَذا جَمْعٌ بين الإجارةِ والسَّلَمِ إلى آجالٍ مختلفة، وفي جوازه قولان:

فإنْ قلنا: لا يجوزُ، فإذا تعهَّدَتْهُ وأَنْفَقَتْ عليه ـ: يجبُ على المستأجِرِ أجْرُ مثلها، وقيمةُ ما أَنْفقَتْ عليه من الطعامِ وغيره.

ولو اَستأجر للإرضاعِ، فلَمْ يلتقمِ الصبيُّ ثدْيَها ـ: ففيه قولان:

أحدهما: ينفسخُ العقد.

والثاني: لا ينفسخُ، ويأتي بولد آخَر ترضعه، وكذلك: لو ماتَ الصبيُّ ـ: ففيه قولانِ:

أحدُهُما: ينفسخُ العَقْدُ؛ كما لو ماتَتِ المرضعةُ.

والثانِي: لا ينفسخُ؛ لأنَّ العقْدَ يتناوَلُ عملها، وهو باقٍ، فيأتي بولد آخر ترضعُهُ؛ كما لو اَكترىٰ دابَّةً ليحملَ علَيْها متاعاً، فهلك المَتَاعُ ـ: لا ينفسخُ العَقْدُ: فإن لم يوجَدْ وَلَدٌ آخَرُ،

---

(١) الاعتشار: من اعتشر أي: تصاحب وتخالط. ينظر المعجم الوسيط ٢/ ٦٠٨.

وتشاحًا ـ: يفسخ العقد وجملةُ هَذَا الباب: أنَّ العَقْدَ، إذا عقد على شَيءٍ بعينه، فهلك: إنْ هلك المُسْتَوفى ـ: فلا يضرُّ، ووارثه يَقُومُ مقامه.

وإنْ هَلَكَ المستوفَىٰ منه؛ كالعبْدِ يموتُ، والدَّار تنهدمُ ـ: ينفسخ العَقْد.

وإنْ هلك المستَوْفَىٰ به؛ كالصبيِّ يَمُوتُ: فإن ٱستأجر لخياطةِ ثَوْبٍ بعينِهِ. فهلك الثوبُ ـ: هل يبطل؟ فيه قولان.

أما إذا ألزم ذمته حَمْلَ مَتَاعٍ إلى موضع، فهلَكَ المَتَاعُ ـ: ينفسخ العقدُ.

ولا يجوزُ استئجارُ المرأةِ المزوَّجة للإرضاع ولا لغيره بغَيْر إذْنِ الزَّوْجِ؛ لأنه ليس لها أن تشغل نفسها عن إيفاءِ حَقِّ الزوج، وإذا لَزِمَ ذمَّتَهَا الإرضاعُ ـ: جاز؛ لأنَّه يمكنها أن يحصل بغيرها.

ولو أَجَرَتْ نفسَها بإِذْنِ الزَّوْجِ ـ: جاز، وإن أَجَرَتْ نفسها لعمَلٍ، ولا زَوْجَ لها، ثم نكحت في مدَّة الإجارة ـ: صَحَّ النكاح، ولا تنفسخُ الإجارةُ، ولا يثبُتُ حَقُّ الفسخ؛ لأنَّ الزَّوْجَ: لا يجوز له مَنْعُهَا مِنَ العمل، ثم إنْ كانَتْ أَجَرَتْ نفسها للإرْضَاع، وإصَابَةُ الزَّوْجِ تَضُرُّ باللَّبَنِ ـ: يمنعُ من الإصَابةِ، ولا تَسْتَحِقُّ على الزَّوْجِ النفقةَ في هذه المدَّة.

ولو زَوَّجَ السيدَ أمتَهُ، ثم أَجَرَهَا ـ: جاز، ولم يكُنْ للزوج منعُهَا عن المستأجِرِ؛ لأنَّ يد المستأجِرِ في الانتفاع يَدُ السيِّد، وحَقُّ المستأجر أَلْزَمُ؛ بدليلِ أَنَّهُ يَجِبُ علَىٰ السَّيِّدِ تسليمُهَا إلى المُسْتَأْجِرِ بَعْدَ أَخذِ الأجرةِ، ولا يَجِبُ تَسْلِيمُهَا إلى الزَّوْجِ بعد قَبْضِ الصَّدَاقِ.

ولو ٱستأجر ورَّاقاً؛ ليكتب له كتاباً ـ: يجب أن يبين أن الحبر ممَّنْ يكون، وكذلك: لو ٱستأجر صَبَّاغاً: يبيِّن أن الصبغَ ممّنْ يكون، أو خيَّاطاً ـ: يبيِّن أن الخَيْطَ ممَّنْ يكونُ، فإذا شرط الحِبْرَ أوِ الصِّبْغَ أو الخَيْطَ على الأجيرِ ـ: يجبُ أن يبيِّن قدره، وإذا بيَّن قدره: مِنْ أصحابنا مَنْ قال: يكونُ ذلكَ جَمْعاً بين الشِّرَاءِ والْكِراءِ؛ لأنه يستأجره للعَمَلِ، ويشتري منه الحبر والصِّبْغ والخَيْطَ؛ فتكون على قولَيْنِ.

ومنهم مَنْ قال: يجوزُ قولاً واحداً، وبه قال صاحبُ «التلخيص»؛ قَالَ: قُلْتُ في الوَرَّاقِ تخريجاً؛ لأن المقصودَ عَمَلُهُ، وهو الكتابةُ وفِعْلُ الصَّبَاغَة، والْحِبْرُ والصِّبْغُ تابعانِ فيه، كاللَّبَنِ[1] في إرْضَاعِ الولَدِ.

ومَنْ قال بالأوّل قال: جوز الإرضاع لأجْلِ الضرورةِ؛ لأنَّ الولد يتربَّىٰ بلبنٍ يَصِلُ إليه من الثَّدْيِ، ولا يُمْكِنُ إفراده بالبيع.

---

(١) في د: فيكون كاللبن.

أما الحِبْرُ والصِّبْغ: يمكن إِفْرَادُهُمَا بالبَيْعِ ـ: فلا ضرورَةَ إِلَىٰ جعلهما تبعاً.

نَظِيرُهُ: أن لو كان اللبَنُ محلوباً، فٱستأجرها على تربيتِهِ بذلك اللَّبَنِ وبطعامٍ آخَرَ مِنْ عندِهَا؛ فيكون على قولَيْن.

فَصْــلٌ

وعقد الإِجَارَةِ عَقْدٌ لاَزِمٌ[1]؛ لا يجوزُ لأحد المتعاقدَيْنِ فَسْخُهُ بِعُذْرٍ يظهر له؛ سواءٌ ٱستَأْجَرَ عينه أو ٱلْزَمَ ذمَّتَهُ، إلاَّ أن تَتْلَفَ العَيْنُ، فينفسخ، أَوْ يجد بالعَيْنِ عيباً ينقص المنفعة؛ فيثبت للمستأجر الفَسْخُ.

---

(١) ينتهي عقد الإجارة بأمور:

الأمر الأول انتهاء العمل: من استأجر خياطاً أو صباغاً أو خبازاً أو بناءً لعمل معين، فإن الإجارة تكون لازمة وتنتهي من غير خلاف بانتهاء ذلك العمل، ولا يلزم أحداً من المتعاقدين تجديدها، أما لو آجره لعمل يتحدد كأن آجره كل ثوب بكذا أو كل إردب بكذا أو كل متر مكعب من البناء بكذا، فإن العقد جائز كما في المشاهرة، ولا ينتهي بانتهاء أول ثوب ولا أول إردب ولا أول متربل يتجدد في ثان وثالث وهلم جرّا ما لم يحصل فسخ من أحد المتعاقدين على ما مر في المشاهرة.

الأمر الثاني انتهاء المدة: من استأجر داراً أو أرضاً أو عاملاً أو دابة لمدة معينة فإن الإجارة تكون لازمة وتنتهي بانتهاء المدة.

ومن استأجر شيئاً من ذلك مياومة أو مشاهرة أو معاومة أو نحو ذلك فإنها تكون جائزة كما ما مَرَّ، ولا تنتهي بانتهاء أول مدة، بل تتجدد مدة بعد أخرى ما لم يحصل فسخ من أحد العاقدين، فإن حصل فسخ بشرطه المار في مبحث المشاهرة بأنها تنتهي.

ومما ينبغي التنبـه إليه أن من استأجر أرضاً للزراعة تروى بالمطر أو بماء النيل وكان استجاره إياها في أيام نزول المطر أو أيام ريها بالنيل أو قبل ذلك وعين في الاستئجار سنة فإن هذه السنة لا تحمل على الأشهر بل تحمل على المدة التي تنتهي بحصاد الزرع، وذلك بجد الزرع، سواء أكان قمحاً أم شعيراً أم قصباً أم غيرها، ويشمل الجذ الرعي في نحو البرسيم وإن كان الزرع مما يخلف فبآخر بطن منه.

وإن كانت تسقى بنحو الآلات فإن السنة تحمل على اثني عشر شهراً من حين العقد، فإن تمت السنة وللمستأجر فيها زرع أخضر أو ثمر لم يطب فإنه لا يجب على المستأجر تسليم الأرض لصاحبها، بل يلزم صاحبها إبقاؤها بيد المستأجر حتى يطيب الزرع، ويلزم المستأجر أجر مثل المدة الباقية عرفاً.

مثال ذلك أن يبقى الزرع بعد السنة شهرين فيجب على المستأجر أجرتهما بحسب ما يقوله أهل المعرفة لا بحسب الأجرة التي سميت في السنة المنتهية.

الأمر الثالث تعذر المستوفى من المعيـن: من استأجر دابة معينة فماتت أو غصبت أو ضاعت، أو داراً فانهدمت أو سكنها غاصب، أو أجيراً معيناً فحبس أو مرض فإن الإجارة تنفسخ لتعذر استيفاء المنفعة التي هي ركن من أركان عقد الإجارة بخلاف ما لو استأجر دابة مضمونة في الذمة أو شيئاً من المنقولات مضموناً في الذمة فتلف، فإن الإجارة لا تنفسخ بذلك لعدم تعذر استيفاء المنفعة، إذ هي غير متعلقة بالعين التالفة، فعلى المؤجر أن يأتي ببدلها إلى تمام المدة.

=

ولو اكْتَرَىٰ دابَّةً ليحج عليها، فَمَرِضَ وعَجَزَ عن الخروج، أو اكْتَرَىٰ حمَّاماً، فتعذَّر عليه ما يوقدُهُ ـ: لا فسخ له؛ لأنَّ المعقود عليه باقٍ، وإنما يتعذَّر الانتفاعُ بمعنًى في غيره.

وأبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: يُجَوِّزُ[1] الفَسْخُ بعُذْرٍ يظهرُ للعاملِ؛ مِثْلُ: إنِ استأجَرَ داراً في الغُرْبَةِ، ثم بَدَا له أَنْ يرجع إلَىٰ وطنه، أو حَانُوتاً[2] ليحترف بحرفَةٍ، فبدا له ألاَّ يفعل، أو دابَّةً ليسافِرَ عليها، فبدا له ألاَّ يخرُجَ، أو الآجِرُ رَكِبَتْهُ الديونُ ـ: فله أن يفسخ العقد.

وبالاتفاقِ: لو أَجَرَ دارَهُ، وأهلُهُ بالغربة، فعادوا، أو لم يكُنْ متأهِّلاً، فتأهَّلَ، أو اكترىٰ جَملاً، فَمَرِضَ الجَمَّال ـ: لم يكُنْ له الفسْخُ؛ فنقيس عليه.

أمَّا[3] إذا استأجر رجلاً ليقطع يَدَهُ بسبَبِ الأكِلَةِ[4]، أو يقلع سِنَّهُ لِلْوَجَعِ أو لاستيفاءِ القصاصِ ـ: جاز، فإذا سكن الوجَعُ أو عفا عن القصاصِ ـ: انفسخ العقد.

= الأمر الرابع تعذر المستوفي به في صور: من استأجر دابة لحمل متاع فاحترق، أو حانوتاً ليتجر فيه فغصب متاعه أو راعياً لرعاية غنم فماتت، أو خياطاً لخياطة قميص فسرق، أو داراً لإسكان ابنه فحبس، فإن الإجارة لا تنفسخ بشيء من ذلك، سواء أكان المستوفي به الذي تعذر معيناً أو مضموناً في الذمة، وعلى المستأجر أو وارثه جميع الأجرة وله أن يأتي ببدل المتعذر لتمام المسافة أو المدة هذا هو المشهور، وإليه ذهب ابن المواز.

وقال أصبغ تنفسخ تبلغه إن كان معيناً، وفي المسألة أقوال أخرى لا داعي إلى الإطالة بذكرها.

وعلى الأول وهو عدم الانفساخ تستثنى صور تنفسخ فيها الإجارة بتعذر المستوفي به المعين.

الأولى: المتعلم المعين إذا استأجر هو أو وليه إنساناً لتعليم فمات ذلك المتعلم.

الثانية: الرضيع المعين إذا استؤجرت له ظئر لإرضاعه فمات.

الثالثة: الدابة الأنثى المعينة إذا استأجر صاحبها فحلاً لينزو عليها مدة معينة أو مرات معينة بدينار فماتت.

الرابعة: الفرس المعينة إذا استأجر صاحبها شخصاً يروضها فماتت أو عطبت.

الخامسة: الزرع المعين إذا استأجر صاحبه من يحصده فتلف.

السادسة: الأرض المعينة إذا استأجر صاحبها من يحرثها فيبست أو غرقت.

السابعة: الدار إذا استؤجر بناء لبناء حائط بها، فانهدمت.

الثامنة: السن الوجيعة إذا استأجر صاحبها من يقلعها فسكن ألمها.

ففي هذه الصور كلها تنفسخ الإجارة، ثم إن كان الانفساخ قبل الشروع في العمل فلا شيء للأجير، وإن كان في اثنان فله بحساب ما عمل. ينظر: نص كلام شيخنا منصور محمد الشيخ في الإجارة.

(١) في أ: باق وإنما يجوز.

(٢) الحانوت: محل التجارة. المعجم الوسيط (١/ ٢٠٠).

(٣) في د: ما.

(٤) الأكِلَةُ: الحِكَّةُ. المعجم الوسيط (١/ ٢٣).

وقيل: هذا جعالةٌ؛ لأنَّهُ رُبَّما يبدو له ألاَّ يَقْطَعَ؛ خوفاً من الزيادة، أو يعفو عن القصاص.

وإذا أستأجَرَ رَجُلاً لِيَحْفِرَ له بئراً ـ: يجب أن يبيِّنَ العَرْضَ والعُمْق، فإن لقيَتْهُ صلابةٌ ـ نظر: إنْ كان يعمَلُ عليها المِعْوَل ـ: يجبُ عليه أنْ يَحْفِرَ، وإنْ شَقَّ عليه أن[1] يعمَلَ عليها المِعْوَل، أو تبع الماء فلم يمكنِ الحَفْرُ ـ: ينفسخ العقْدُ، ولَهُ من المسمَّىٰ بقَدْر ما عمل.

وإن أستأجر امرأةً لِتَقُمَّ[2] المسْجِدَ مُدَّةً، فحاضت ـ: أنفسخ العَقْدُ، إن أستأجر عَيْنَها، وإن ألْزَمَ ذِمَّتَها ـ: لم ينفسخ؛ لأنَّه يمكنها أن تأمُرَ غيرها أَنْ تَقُمَّ، أو تَقُمَّ بعد ما تَطْهُرُ، وإذا أكترى عَيْناً، فمات أحَدُ المتكارِيَيْن ـ: لا ينفسخُ العَقْد، فإنْ مات المكتَرِي ـ: قام وارثُهُ مقامَهُ في أستيفاءِ المنفعةِ بقيَّةَ المدَّةِ؛ لأنَّ المكتَرِي يَرِثُ المنفعةَ المستَحِقَّةَ [لمورِّثه][3]؛ كما يرث العَيْنَ المملوكَة له، وإن مات المكري يُتْرَكُ في يد المكتري حتى تنقضِيَ مدَّةُ الإجارة.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: أيهما مات ينفسخ العقد.

فنقولُ: عَقْدُ معاوضةٍ؛ فلا ينفسخُ بمَوْتِ العاقدِ مع بقاءِ المعقودِ عَلَيْهِ؛ كالبيع.

ولو أستأجر أَجِيراً، فمات الأجيرُ ـ: ينفسخُ العقد؛ لفوات المعقودِ عليه؛ كما لو أستأجر دابَّةً، فماتَتْ.

ولو أوصىٰ لإنسان بمنفعةِ دارِهِ مَا عَاشَ، فمات الموصِي، وقَبِلَ الموصَىٰ له الوصيَّةَ، وَأَجَرَها[4] ـ: جاز، فإذا مات الموصَىٰ له في خلال المدَّة ـ: تنفسخ الإجارةُ؛ لأنه أنتهىٰ حَقُّ الموصَىٰ له، ولو أَجَرَ دَارَهُ مِنْ وارثِهِ، ثم ماتَ الآجِرُ، هَلْ تنفسخُ الإجارةُ؟ فيه وجهان، كما لو باع الآجِرُ الدَّارَ مِنَ المُسْتأجِرِ، هل تنفسخُ الإجارةُ؟ فيه وجهان.

ولو أَجَرَ داراً مَوْقُوفَةً ـ نُظِرَ: إنْ كانَتْ موقُوفَةً عَلَىٰ جماعةٍ غَيْرِ مُتَعَيِّنين، أو علىٰ مَسجِد، أو رباطٍ ـ: فأمْرُهُ إلى الواقِفِ ما دام حَيًّا، وإِلَىٰ قيِّمٍ ينصبه بعْدَهُ، فإذا لم ينصبْ قيِّماً ـ: فإلى الحاكم، فإذا أجَرَهَا هو أو قيِّمُهُ أَوِ الحاكمُ مدَّةً، ثم ماتَ الآجِرُ، أو المستأجرُ في خلالِ المدَّةِ ـ: لا تبطلُ الإجارَةُ، وتُتْرَكُ في يدِ المستأجر إِلَىٰ أَنْ تنقضي مدَّتُهُ.

فإن وَقَفَ علَىٰ متعينين بأنْ وقفَ علَىٰ أولادِهِ، ثُمَّ عَلَىٰ أَوْلاَدِ أَوْلاَدِهِ: فإنْ قُلْنَا: الملك في الوَقْفِ للواقفِ، أو زَالَ إلى الله تعالَىٰ ـ: فأمره بعد الواقِفِ إلى الحاكمِ.

---

(١) في د: لم.

(٢) قَمَّ البيت: كَنَسَهُ. ترتيب القاموس المحيط (٣/ ٦٩٣).

(٣) سقط في د.

(٤) في أ: وأجازَهَا.

وإذا أَجَرَهُ ـ: لا يبطُلُ بموته، وإذا مَاتَ البَطْنُ الأَوَّلُ في خلالِ المدَّة ـ: فأُجْرَةُ المدَّةِ الباقيةِ لِلْبَطْنِ الثَّاني، فإن كان قد أَجَرَهُ البَطْن الأوَّل ـ: يرجع البَطْنُ الثاني في تركته، وإنْ قُلْنا: المِلْكُ للموقوفِ عليه ـ: فأُجْرَةُ البطنِ الأوَّلِ، ثم ماتَ في خلالِ المدَّة، هل تبطُلُ الإجارةُ؟ فيه وجهان، بناءً علَىٰ أنَّ البطْنَ الثاني تَتَلَقَّى المِلْكَ من الواقفِ أَمْ من البَطْن الأوَّل؟ فيه وجهان:

إنْ قلنا: من الواقف ـ: ينفسخُ؛ لأنَّ ملك الأوَّل قَدِ انْتَهَىٰ، وَتَبَيَّنَّا أنَّه أَجَرَ حَقَّ غَيْرِهِ، وإنْ قُلْنَا: مِنَ البَطْنِ الأوَّلِ ـ: لا ينفسخُ؛ كما لو أَجَرَ دارَهُ، ثم مات ـ: لا تنفسخُ الإجارةُ، وأُجْرَةُ المُدَّةِ الباقيةِ: تكون للبطنِ الثاني؛ بخلافِ ما لو أَجَرَ دَارَ نفسه مدَّةً، فَمَاتَ ـ: تَكُونُ جَمِيعُ الأُجْرَةِ باقيةً على مِلْكِ[1] الميِّتِ ينفُذُ منه ديونُهُ ووصاياهُ؛ لأنَّهُ أَجَرَ مِلْكَهُ المُطْلَقَ، وينتقل إلى وارثِهِ مَا كانَ مِلْكاً له، والَّذي كان يملكهُ رقبةٌ مسلوبةُ المنفعةِ.

فَصْــلٌ

إذا اسْتَأْجَرَ عَيْناً؛ لينتفعَ بِهَا ـ: تكونُ العَيْنُ أمانةً في يدِ المستأجِرِ؛ لأنَّه استحقَّ الانتفاعَ بها، ولا يمكنُ إلاَّ بحبسها؛ فلا يضمنُهَا إلاَّ بالتعدِّي، وهو في استيفاءِ ملك المنفعة بالخيارِ، إن شاء استوفَىٰ بنفسه، وإن شاء استوفى بغيره، ويجبُ أن يستَوْفِيهَا بالمعروفِ، فلو شَرَطَ عليه ألاَّ يستوفيهِ إلاَّ بنفسه ـ: لا يصحُّ العقد؛ كما لو باع من رجُلٍ شيئاً بشرطِ ألاَّ يبيعه ـ: لا يصح.

ولو اكتَرَىٰ دابَّةً ليركبها، فإنْ أركبها مَنْ هو في مثل نفسه ـ: لا يضمَنْ، وإنْ أركبها مَنْ هو أثقَلُ منه ـ: ضَمِن، وإن لم يخرُجْ عن الحَدِّ وقرارِ الضمانِ ـ: يكونُ على الثَّانِي إنْ كان عالماً، وإنْ كان جاهلاً: فعلَى الأوَّلِ، وإنْ أركبها من هُوَ في مثلِهِ غَيْرَ أنَّه أعْنَفَ في ضَرْبِ الدابَّةِ ـ: فلا ضمانَ، ما لَمْ يخرجْ عن العادَةِ في الضَّرْب؛ بخلاف ما لو كان أثقَلَ منه؛ لأنَّ الوَزْنَ محصورٌ، والضرب غَيْر محصور؛ فإنْ خرج الثَّاني عَنِ العادَةِ في الضَّرْبِ ـ: ضمن الثاني، ولا يكونُ الأوَّل طريقاً فيه؛ لأنَّه لم يتعدَّ.

وكذلك: لو استأجر ثَوْباً ليلبسه، فألبسه مَنْ هُوَ في مِثْلِ حاله ـ: لم يضمن، وإن ألبسه قَصَّاباً، أو عصاراً ـ: ضمن.

ولو اكتَرَىٰ داراً ليسكنها، فأسكَنَهَا مَنْ هو في مثله ـ: لم يضمَنْ، وإنْ أسكنها حَدَّاداً أوْ [قَصَّاراً] ـ: يضرب بالمطرقة.

---

(١) في أ: الملك.

وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ: إذا أَرْكَبَ الدابَّةَ مَنْ هو مثله، أو أَلْبَسَ الثوب ـ: ضَمِنَ، ووافق في الدار.

ولو أكتَرَىٰ داراً للسكنَىٰ ـ: جَازَ أن يَضَعَ فيها متاعَهُ، ولا يجوزُ أن يَرْبِطَ فيها الدوابَّ، ولا أن يَطْرَحَ في أَصْلِ حيطانها التُّرَابَ والرَّمَاد؛ لأنه غَيْرُ متعارَفٍ في السكنَىٰ.

وهل يَجُوزُ أن يَطْرَحَ فيها ما يُسْرِعُ إليه الفساد؟ فيه وجهان:

أصحهما: يجوز؛ لأنَّ طرح المطعوماتِ متعارَفٌ في سُكْنَىٰ الدَّار، ويسرعُ إليه الفساد.

ولو أستأجر ثوباً ليلبسه، فنام فيه باللَّيْلِ ـ: ضمن، ولو قال فيه بالنهار ـ: لم يضمن؛ لأنَّ العادة جَرَتْ أنَّ الناسَ يَقِيلُونَ في الثياب، ولو أتَّزَرَ به ـ: ضمن، ولو أرتدَىٰ ـ: لم يضمَنْ، لأنَّ الاتِّزَارَ أضرَّ بالثوب من اللُّبْسِ.

ولو أكترى دابَّةً ليحمِلَ عليها مائة مَنٍّ مِنْ حَدِيد، فحمل عَلَيْهَا مِائَةَ مَنٍّ من التِّبْنِ أو القُطْنِ ـ: ضمن؛ لأنَّ القُطْنَ يأخذ من ظَهْرِ الدابَّة أكثر مما يأخذ الحديدَ، ولو أكتَرَىٰ ليحملَ عليها مائَةَ مَنٍّ مِنَ القُطْنِ، فحمل مائة مَنٍّ مِنَ الحديد ـ: ضَمِنَ؛ لأنَّ الحَدِيدَ يجتمعُ علَىٰ موضعٍ واحدٍ من ظَهْرِ الدابَّةِ؛ [فيدقُّهُ][1].

وكذلك: لو أكْتَرَىٰ ليحملَ عليها مائَةَ مَنٍّ من الْحِنْطَةِ، فحمل مائَةَ مَنٍّ من الشَّعير، أو على عكسه ـ: ضمن؛ لأنَّ الشعير أخَفُّ؛ فيأخذ من ظَهْرِ الدابَّة أكثر.

أما إذا أكْتَرَىٰ ليحمل عليها عَشَرَةَ أقفزةٍ من الْحِنْطَةِ، فحمل عليها عشرة أقْفِزَةٍ من الشعير ـ: لم يضمن؛ لأنهما في الخِفَّة سواءٌ والشعير أخف وعلى عكسه: لو أكتَرَىٰ أن يَحْمِلَ عليها عشرة أقفزة من الشعيرِ، فحمل عليها عَشَرَةَ أقفزةٍ من الحنطة ـ: ضمن؛ لأنَّ الحنطة أكثرُ.

ولو أكْتَرَىٰ للركوب فحمل، أو للحَمْلِ فَرَكِبَ ـ: يضمن؛ لأنه إذا أكترىٰ للرُّكوبِ فحمل ـ: فالراكب يعينُ الدابَّة بحركتِهِ، والحَمْلُ لا يعينها، وإذا أكْتَرَىٰ للحمْلِ فَرَكِبَ ـ: فالحمْلُ يتفرَّق على جنْبَي الدابَّة، والراكبُ يلزم مكاناً واحداً، فَفِي كُلِّ واحدٍ ضَرَرٌ لَيْسَ في الآخر؛ فيضمن في الحالَيْن.

ولو أكترى ليركبَهَا بسرجٍ، فركبها عُرْياناً، أو ليركب عُرْياناً فركب بسَرْجٍ ـ: ضمن؛ لأنَّ ركوبَهُ عُرْياناً أضرَّ بالدابَّة، وفي ركوبه بالسرج حمل زيادة متاعٍ عليها.

---

(١) يدُقُّه: دقّ الشيء دقًّا: كسره أو ضربه بشيء فهشمه. المعجم الوسيط (١/ ٢٩٠).

ولو اكترىٰ ليركب بالإكَافِ فركبَ بالسَّرْج ـ: لم يضمن؛ لأنه أخَفُّ على الدابَّة.

ولو اكترى ليركبَ بالسّرج، فركب بالإكاف ـ: ضمن.

أما إذا اكترىٰ ليحملَ عليها بالإكَافِ، فحمل بالسَّرج ـ: ضمن؛ لأن الحمل بالسَّرج أشَقُّ على الدابَّةِ.

ولو اكترىٰ ليحملَ بالسَّرجِ فحمل بالإكافِ ـ: لم يضمن، فإنْ كان في شيءٍ منه زيادةُ ثقلٍ، أو ضررٍ ـ: ضمن.

ولو اكترىٰ دابَّةً للركوب من مكَّة إلى مَرِّ الظهران، فذهب مِنْ جانبٍ آخَرَ قدْر مَرِّ الظهران: إن كان الطريقُ الثاني مِثْلَ طريق مَرِّ الظهران من السهولة والأمْنِ ـ: جاز، ولم يضمَنْ، وإن كان أضرَّ أو أخْوفَ ـ: ضمن، وعليه المسمَّىٰ، لأن الزمانَ مستَحَقٌّ له.

ولو اكتَرىٰ ليركبها إلى مَرِّ الظهران، فجاوزها إلىٰ عُسْفانَ ـ: يجب عليه المسمَّىٰ بالذَّهابِ إلَىٰ مَرِّ الظَّهران، وأَجْرُ المثلِ مِنْ مَرِّ الظهران إلى عُسْفَانَ، وصار ضامِناً للدابَّة بإخراجها إلى عُسْفَانِ.

فإنْ هَلَكَتْ ـ: عليه قيمتُهَا أكثَرَ مَا كانَتْ مِنْ حينِ جاوَزَتْ مر الظهران إلى أن ماتت.

هذا إذا سَلَّم الدابَّةَ إلى المكتري، ولم يكُنْ صاحبها معها: فإن كان صاحبُهَا معها ـ: فسكوتُهُ لا يسقطُ الضمانَ.

ثم ننظر: إنْ هلكَتِ الدابَّةِ بعد نزولِ الراكِبِ لرَوَاحٍ أو غيره، وتسليمِ الدابَّةِ إلَىٰ صاحبها ـ: يجبُ ضمانها؛ لأنَّها في يَدِ صاحبها؛ كرَجُلٍ ساق جملاً، وعليه صاحبُهُ نائمٌ: لا يضمنه، وإن تلفَتْ والمكتري عليها ـ: يضمن، وكم يضمن؟ نظر:

إن كان[1] أتلفها لا بسبب السَّيْر؛ بأن وقعت في بئْرٍ أو نحوه ـ: ضمن الكُلَّ، وإنْ كانت بتوالي السَّيْر ـ: فقد تَلِفَتْ بسيرِهِ وجنايته؛ فيجبُ عليه الضمانُ، وكم يلزمه؟ فيه قولانِ:

أحدهما: يجبُ عليه نِصْفُ الضمان؛ لأنَّها تَلِفَتْ مِنْ مضمون وغَيْرِ مضمونٍ.

والثَّاني: تُوَزَّعُ القيمةُ على المسافتَيْنِ، فما قابل مسافةَ الإجارةِ ـ: يسقط، وما قابل الزيادَةَ ـ: يجب.

هذا إذا اكتراها للذَّهابِ، فإن اكتراهَا للذَّهَابِ والرجُوعِ ـ: فلا يجبُ كِرَاءُ المثل

---

(١) في أ: قد.

للمجاوزة إِلَىٰ عُسْفان؛ لأنَّ الزمان مستَحَقٌّ له؛ ولكنَّه ضامن للدابَّة لإخراجها إِلَىٰ مالكها[1].

ولو أكتَرَىٰ دابَّة ليحملَ عليها عَشَرَةَ أقفزة من الحنطةِ إلى بلدٍ، فحمل عليها أحَدَ عَشَرَ قَفيزاً ـ: يجبُ عليه أجْرُ المسمَّىٰ للأقفزة العشرةِ، وأَجْرُ المثلِ للزيادةِ، وعليه ضمانُ الدابَّةِ إذا هلكَتْ، وكم يلزمه؟ نُظِرَ:

إن كان قد سَلَّم الدابَّة إلى المكتري، ولم يكُنْ صاحبُهَا مَعَهَا ـ: فعليه جميعُ قيمة الدابَّة، وإن كان صاحبُهَا معها ـ: كم يجبُ عليه من الضمانِ؟ فيه قَوْلاَنِ.

أحدهما: يجبُ نِصْفُهُ؛ لأنَّ التلف حصَلَ من مخظُورٍ ومُبَاحٍ.

والثاني: يُوَزَّع؛ فعليه جُزْءٌ من أَحَدَ عشَرَ جزءاً مِنَ الضمان.

وأَصْلُ هذا: الجَلَّاد إِذا ضَرَبَ في حَدِّ القذف إحدى وثمانين جلدةً، ومات المجلودُ ـ: كم يجبُ على الجَلَّاد من الضمان؟ فيه قولان:

أحدُهُمَا: نصْفه.

والثاني: جُزْءٌ من أحدٍ وثمانين جزءاً.

وهذا بخلافِ ما لو لم يكُنْ صاحبُ الدابَّة معها، حيثُ قلْنا: يجبُ عليه جميعُ قيمَةِ الدابَّةِ؛ لأنَّ اليد ـ هناك ـ للمستأجِرِ؛ فيلزمه ضمانُ اليَدِ، وهو ضَمَانُ الغَصْبِ.

وإذا كان المالكُ مَعَها ـ: فاليدُ للمالكِ؛ فيكون ضمانُ المكترِي ضَمَانَ الجنايةِ؛ فيكون بقدر الجنايةِ.

هذا إذا كانَ الكيال هو المكتري، وكان المكري جاهلاً بالزيادةِ بسوق الدَّابة، وإن كان المكتَرِي زائداً، وحَمَلَها المكري [عالماً][2] بالزيادة بِغَيرِ أمْرِهِ، سواءٌ كان على الأرضِ فحملَها، أوْ كان المكتري وضَعَها على ظهر الدأبة، أو الدابَّةُ واقفةٌ، فسيَّرها المكري عالماً، أوْ كان الكيال هو المُكْرِي، فكال زائداً، عَمْداً أو خطأ، وحملها ـ: لا يجبُ على المكتري أجْرُ مثلِ الزيادة، ولا ضمان الدابَّة، وتلْكَ الزيادةُ مضمونةٌ على المُكْرِي؛ فللمكتري أن يكلِّفه ردَّها إلى البَلَدِ الأوَّل، ويغرمه قيمتها بأعتبار بلدِ النقدِ إِلَىٰ أنْ يردَّها إِلَىٰ موضعها.

ولو أنَّ رجلَيْنِ أكتريا دابَّةً، فركباها، فارْتَدَفَا معهُمَا ثالثاً مِنْ غيْرِ إذْنٍ، فهلكت الدابَّةُ ـ: ففيما يجبُ على المرتَدِف ثلاثة أوْجُهٍ:

أحدها: يجبُ عليه نصْفُ القيمة؛ لأنَّها هلكَتْ مِنْ مضمونٍ وغيرِ مضمونٍ.

---

(١) في د: وأخرجها بغير إذن مالكها.

(٢) سقط في د.

والثَّاني: عليه الثُّلُثُ؛ لأنَّ الرجالَ لا يوزَنُونَ؛ فيوزَّع الضمانُ علىٰ عددِ رؤوسهم.

والثالثُ: يُوَزَّعُ علَىٰ أَوْزَانِهِمْ؛ فيجبُ عليه حصَّتُهُ بالوزن.

ولو غُصِبَتِ العَيْنُ المستأجرة من يد المستأجِرِ ـ: لا يجبر الآجِرُ على انتزاعِها مِنْ يد الغاصِبِ؛ بل إذا كان العَقْدُ على موصوفٍ في الذمَّةِ ـ: يطالَبُ الآجِرُ بإقامةِ غيرها مُقَامَهَا، وإن كان على العَيْنِ ـ: فللمستأجِرَ أَنْ يفسخ العَقْد، ويجبُ على الغاصِبِ كِرَاءُ المثل للمالِكِ لا للمستأجر، وإن كانَتْ للمستأجِرِ؛ لأن مَنِ ٱستهلك المنفعةَ ـ: يجبُ عليه العِوَضْ لمالكِ العين؛ كمن وطىءَ أَمَةً مزوَّجَةً بالشُّبهة: يجبُ على الواطىءِ المَهْرُ للسَّيِّد لا للزَّوْج الذي هو مالِكُ منفعةِ البُضْعِ، ويجبُ على المستأجِرِ مِنَ المسمَّى بقَدْر ما ٱنتفع بها، ويسقط بقَدْر ما كان في يد الغاصِبِ، وإذا غصبت الدار المُكْرَاةَ أو العَيْنَ المستأجَرَةَ ـ: فالخصومَةُ للمُكْرِي؛ لأنه مالك العين، وهل للمستأجِرِ أَنْ يخاصِمَ لأَجْلِ المنفعةِ؟ وَجْهَان:

أحدهما: لا؛ لأنَّه ليس بمالِكِ العينِ؛ كما لو غُصِبَ الرَّهْنُ أو الوديعة لم يكُنْ للمرتَهِن ولا للمُودَعِ أَنْ يخاصِمَ الغاصِبَ.

والثاني: له ذلكَ؛ لأنَّهُ يقول: هذه المنفعة لي، وأنْتَ تَسْتَوفيها ظُلْماً.

ولو ٱستأجر داراً إجارةً صحيحةً، ثم أجَرَهَا من غيره إجارَةً فاسدةً ـ: يجبُ على الأوَّل المسمَّىٰ للمالك، وعلى الثاني أجر المثل للأول؛ بخلاف الغاصب: يجب عليه أجر المثل للمالك؛ لأنَّ في الإجارة الفاسدة: وُجِدَ التسليط[١] مِنْ جهةِ المستأجر علَىٰ ٱستيفاء المنفعةِ الَّتي هي حَقُّه.

ولو أَجَرَ عَيْناً، ثم أقرَّ الآجر [به][٢] لآخَرَ، هَلْ يُقْبَلُ؟ فيه قولان؛ بناءً علَىٰ ما لو رَهَنَ شيئاً، ثم أَقَرَّ به لآخَرَ، هل يُقبَلُ به؟ فيه قولان؛ سواءٌ كانَتِ العَيْنُ في يد المستأجِرِ، أو غصبها غاصبٌ، فأقرَّ بها للغاصِبِ أو لغيره.

فَمِنْ أصحابِنَا مَنْ قال: إِنْ أَقرَّ قبل أن غصب ـ: لا يُقْبَلُ؛ لأنَّ المنافعَ تَحْدُثُ على مِلْكِ المستأجِرِ في يدِهِ، وإنْ أقرَّ بعد ما غصَبَ ـ: يُقْبَلُ [لأن][٣] ما حَدَثَ في يدِ الغاصبِ من المنفعةِ ـ: يحدثُ للمالك.

وإذا ٱستَأجر داراً أوْ عَيْناً مدَّةً ـ: فإن لم يسلِّمها الآجِرُ إليه حتَّىٰ مضت المُدَّةُ ـ:

---

(١) التسليط: سلَّطه. أطلق له السلطان والقدرة. المعجم الوسيط (١/ ٤٤٥).

(٢) سقط في د.

(٣) في د: و.

ٱنفسخَتِ الإجارةُ، وإنْ سلَّمها إلَيْه، فأمسكها المستأجِرُ تلْكَ المدَّةَ، ولم ينتفعْ بها ـ: تستقرُّ الأجرةُ، وعليه ردُّهَا، حتَّىٰ لو ٱنتفَعَ بها بعْدَ مُضِيِّ المدَّةِ ـ: يجبُ عليه مع المسمَّىٰ أجْرُ المثْلِ لما ٱنتفع بها.

ولو ٱكتَرَىٰ دابَّةً؛ ليخرج إلَىٰ بلدٍ، فقبضها، وأمسكها قَدْرَ إمكانِ المسيرِ إلَىٰ ذلك[٢] البلد ـ: لم يكن له الخُرُوج عليها، سواءٌ كان له عُذْرٌ في المقامِ أو لم يَكُنْ، وعليه المسمَّىٰ.

ولو أخذ الدابَّة، فصار الطريقُ مَخُوفاً ـ: لم يَكُنْ له إخراجُهَا، فلو أَخْرَجَهَا ـ: كان ضامناً، ولم يكن له فَسْخُ العقد، ولو حَبَسَها ـ: يستقرُّ عليه الأجرة، وله أَنْ يستعملها في البَلَدِ.

ولو ٱستأجر حُرًّا مدَّةً لعملٍ معلومٍ، فسلَّم الحرُّ نفسه إلَيْهِ، فلم يستعملْهُ حتَّىٰ مضَتِ المدَّةُ، أو مضَىٰ قدْرُ إمكانِ ذلكَ العَمَلِ ـ: تستقرُّ عليه الأجرة.

وقال الشيخ القَفَّال: لا تستقرُّ؛ لأنَّ الحُرَّ لا تحتوي علَيْهِ اليَدُ؛ كما قال: لا يجوزُ للمستأجِرِ أَنْ يُؤَاجِرهُ، ولو ٱلزَمَ ذمَّةَ الحُرِّ عملاً، فسلَّم نفسه قَدْرَ إمكانِ العملِ ـ: هل تستقرُّ عليه الأجرة؟ فيه وجهان:

فإن قلنا: لا تستقرُّ، ولم يستعملْهُ المستأجِرُ ـ: رفعه إلَىٰ الحَاكِمِ حتَّىٰ يجبره على ٱستعمالِهِ؛ ولو استأجَرَ دَابَّةً شهراً مِنْ أَوَّل رمضانَ، فأمسكها الآجِرُ يومَيْنِ أو ثلاثةً ـ: فللمستأجِرِ الخيارُ؛ لأنَّهُ فَوَّتَ عليه منفعةَ يومَيْنِ، وليْسَ للآجِرِ أنْ يَقُولَ: ٱستَعْمِلْهَا ما بَقِيَ مِنْ رَمَضَانَ ويومَيْنِ من أوَّلَ شوالٍ؛ لأنَّ القَدْرَ يرتفعُ بمضيِّ رمضانَ.

ولو ٱكتَرَىٰ شيئاً فاسداً، وقبضه، وأمسَكَهُ ـ: يجبُ عليه أَجْرُ المثلِ؛ سواءٌ كان أَقَلَّ مِنَ المسمَّىٰ أَوْ أَكْثَرَ؛ سواءٌ انتفَعَ به، أو لَمْ ينتفعْ؛ لأنَّ القَبْضَ في الإجارةِ الصحيحةِ تقريرُ المسمَّىٰ؛ ففي الفاسد: يجبُ أَجْرُ المثل؛ كالقَبْضِ في البَيْعِ الصحيح لما قُرِّرَ الثَّمَنُ المُسَمَّىٰ: ففي الفاسد، إذا هلك عنده ـ: وجبَ قيمةَ المثل.

وقال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إنْ لم يستعملْ ـ: لا شيءَ عليه، وإن ٱستعمل ـ: عليه أَقَلُّ الأمرَيْن من المسمَّىٰ أَوْ أَجْرِ المثل.

ولو أَجَرَ ٱلحُرُّ نفسه إجارَةً فاسدةً، وسلَّم نفسَهُ ـ: يجبُ أجر المثل، والتمكينُ من القبضِ يكُونُ قبضاً في الصَّحيحِ، ولا يكونُ قبضاً في الفاسِدِ؛ فإنه إذا باع أو أجَر شَيْئاً عَقْداً صحيحاً، فجاء به، ووضعه بين يَدَيِ المشترِي والمستأجِرِ بلا حائِلٍ ـ: كان قَبْضاً، حتَّىٰ

---

(١) في د: تلك.

يستقرَّ عليه الْعِوَضُ، إذا مضَىٰ زمانُ إمكانِ الاستيفاءِ، وفي الفاسِدِ: لا يكونُ قَبْضاً؛ لأنَّ التسليمَ في الصحيحِ واجبٌ، وأُجْرِيَ عليه حكْمُ القبض.

فَصْـــلٌ

إذا أَجَرَ شيئاً ـ: يَجِبُ على الآجِرِ ما يحتاجُ إليه للتَّمْكِينِ مِنَ الانتفاعِ مِنْ تَسْلِيمِ مِفْتَاحِ الدَّارِ وزِمَامِ الجَمَلِ والبُرَةِ التي في أَنْفِهِ ولِجَامِ الفَرَسِ، فإنْ تَلِفَ شيءٌ منه في يَدِ المُكْتَرِي ـ: لا يجبُ علَيْهِ ضمانٌ؛ كما لا يَجِبُ ضمانُ العَيْنِ المُسْتَأجَرَةِ، وعلى المُكْرِي بدله.

ولو أَجَرَ دَارَهُ، فَانْكَسَرَتْ فيها دِعَامَةٌ، أو انهدمَتْ، أَوْ خَرِبَ ميزابٌ[1]، أو انغلَقَ باب، فإصلاحه على المُكْرِي، ونعني بقولنا: إنَّهُ على المُكْرِي: أنه إنْ بَادَرَ المكري إلى إِصْلَاحِهِ ـ: فلا خيار للمكتَرِي، وإن لم يُصْلِحْهُ ـ: فلا يجبَرُ علَيْهِ؛ لكنْ يثبُتُ للمكتَرِي حَقُّ الفَسْخِ؛ وكذلك: تَطْيِينُ السَّطْحِ وكَنْسُ الثلج، فإنْ فعله المُكْرِي؛ وإلاَّ يثبت للمكتري الفَسْخُ، إن ظهر مِنْ تركه ذلك.

أمَّا نَصْبُ باب جديدٍ، أو إحداث ميزابٍ ـ: فليْسَ على المُكْرِي إلاَّ أَنْ يخلَّ بالانتفَاعِ؛ فيكونُ كعَيْبٍ بالدارِ، يثبت للمكتري الخيارُ، وعلى المكرِي أن يُسَلِّم الدارَ فارغَةَ الحُشِّ[2]؛ فإن كان الحُشُّ ممتلئاً، أَوْ أَجَرَ حَمَّاماً، والمَوْضِعُ الذي تَجْرِي فيه الغُسَالَةُ مُنْسَدٌّ ـ يثبتُ للمستأجِرِ الخيارُ، ولو امتلأ أو انْسَدَّ في خلال المدَّةِ ـ: فهلْ على الآجِرِ تنقيتُهُ؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: علَيْهِ؛ فإن لم يفعَلْ ـ: فللمكتري الخيار.

والثاني: يكونُ على المُسْتأجر إنْ أراد الانتفاعَ؛ لأنَّه قد حصل بفعْلِهِ؛ كتنظيف الدار من القُمَامَةِ، وكذلك: نقْلُ رَمَادِ الحَمَّامِ الذي اجْتَمَعَ في خلالِ المُدَّة.

أمَّا بعد مضيِّ المدَّة: لا يجبُ على المستأجِرِ تنقيةُ البالُوعَةِ، ولا نَقْلُ الرمادِ، ويجبُ نقلُ القُمَامَةِ؛ لأنَّها ليْسَتْ من ضرورةِ الإجارةِ، وهَلْ يجبُ عَلَىٰ المستأجِرِ رَدُّ العيْنِ بَعْدَ مضيِّ المدَّة، واستيفاءِ المنفعةِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لاَ يَجِبُ؛ بَلْ عليه التخليَةُ بَعْدَ الطَّلَبِ، والمُؤْنَةُ على الآجِرِ؛ كما لا يجبُ على المُودَعِ مؤنَةُ رَدِّ الوديعةِ.

والثَّاني: يجبُ عليه مُؤْنَةُ الرَّدِّ؛ لأنَّهُ أخذه لمنفعةِ نَفْسِهِ؛ كالعاريَّةِ: يجبُ على المستَعِيرِ مُؤْنَةُ رَدِّها.

---

(١) الميزَابُ: قناة أو أنبوبة يصرف بها الماء من سطح بناء، أو موضع عالٍ. والجمع: مَآزِيبُ. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ١٥).

(٢) الحُشُّ: الكَنِيفُ. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ١٧٦).

ولو أمسكها بعد المدَّة: إن كان بعُذْرٍ ـ: لم يضمن، وإن كان بغَيْر عُذْرٍ، إنْ قُلْنا: لا رَدَّ عليه قبل الطلب ـ: لا يضمن؛ وإلاَّ فيضمن.

ولو ٱستأجر رَجُلاً لضَرْبِ اللَّبِنِ ـ: فلَيْسَ عليه غَيْرُ الضَّرْب، وليس عليه إقَامَتُهُ حتى يَجِفَّ.

وكذلكَ: لو ٱستأجره لطَبْخ اللَّبنِ ـ: ليس عليه إخْرَاجُهُ من الأتـونِ[1] بعد الطَّبْخ.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: له ذلك. وكذلك: لو استأجر لحفر قبر ليس عليه ردُّ التراب في القبر بعد وضع الميّت فيه. وعنده: يجب عليه ذلك.

وكذلك: لو ٱستأجر لحفرِ قَبْرٍ ـ: ليس عليه رَدُّ التراب في القَبْر بَعْدَ وضع الميِّت فيه.

وعنده: يجبُ عليه ذلك.

بَابُ كِرَاءِ الإِبِلِ

إذا ٱكْتَرىٰ دابَّةً بعينها ـ: يجبُ أن يبيِّن أنه يكتريها ليركَبَهَا، أو ليحمِلَ عليها:

فإذا ٱكْتَرىٰ للركوبِ ـ نُظِرَ: إذا أراد أنْ يركَبَ في غير شَيْءٍ ـ: لا يحتاجُ إلى ذكْرِ ما يركبُ عليه، ويركَبُهُ المُكْرِي على قَتَبٍ[2]، أو زامِلَةٍ، أو ما شاء.

وإن كان يركَبُ على شيْءٍ ـ: يجبُ أنْ يبيِّن أنه يركبها بِسَرْجٍ[3]، أو إكافٍ[4]، أو فَوْقَ زاملةٍ[5]، أو في مَحْمِلٍ[6]، أو عُمَارِيَّة.

ويجبُ أن يرى المكري الراكبَ، وإن كان غائباً يعرفُ وزنه، ويرى الإكاف، والزَّامِلَة، والعُمَارِيَّة، والمَحْمِلَ، إن كانَتْ حاضرةً، وإن كانَتْ غائبةً: فيذكرُ وزنُهَا، ويصفُهَا، ويصفُ الوِطَاءَ[7] الذي تحتَهُ.

وإنْ شرط المِظَلَّة[8]، فيراهُ، أو يذكُرُ وزنه؛ لأنَّ مِنَ الناسِ مَنْ لا يَتَّخِذُ المظَلَّة، ومن

---

(١) الأتُون: الموقد الكبير كَمَوْقِدِ الحَمَّام والجَصَّاص. وتشدد التاء. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٤).

(٢) القَتَبُ: الرَّحْل الصغير على قَدْرِ سنام البعير. والجمع: أقتاب. المعجم الوسيط (٢/ ٧١٤).

(٣) السَّرْجُ: رحْلُ الدابَّةِ. والجمع: سُرُوج. المعجم الوسيط (١/ ٤٢٥).

(٤) الإكَافُ: البَرْذَعَةُ والجمع: أُكُفٌ. المعجم الوسيط (١/ ٢٢).

(٥) الزَّامِلَةُ: ما يحمل عليه من الإبل وغيرها. المعجم الوسيط (١/ ٤٠١).

(٦) المَحْمِلُ: الهَوْدَجُ. المعجم الوسيط (١/ ١٩٩). أو: شِقان على البعير يحمل فيهما العديلان. ترتيب القاموس (١/ ٧١٣).

(٧) الوِطَاءُ: المِهادُ الوطيء. المعجم الوسيط (٢/ ١٠٤١).

(٨) المِظَلَّةُ: ما يُسْتَظَلُّ به والجمع: مَظَالّ. المعجم الوسيط (٢/ ٥٧٧).

أصحابِنَا مَنْ قال: لا يجوزُ أن يعقد على المَحْمل والعُمَارِيَّة بالوَصْفِ، إلاَّ بالمشاهدةِ؛ لأنَّها تختلفُ بالضِّيقِ والسَّعة، والثِّقَلِ والْخِفَّة؛ بخلافِ السَّرْجِ، والقَتَب.

وقال أبو إسحاق: إنْ كانت مِنَ المحاملِ الخراسانيَّةِ ـ: تشترطُ مشاهَدتُهَا؛ لأنَّها يقال: لا تُضْبَطُ بالصِّفة.

أمَّا البغداديَّةُ: فإنها خِفَافٌ، ويجوزُ العَقْدُ عليها بالوصْفِ، فإنْ كانَتْ محاملُهُمْ معروفةً على وَزْنٍ وتقطيعٍ واحدٍ لا تختلف ـ: فيجوزُ ذِكْرُهَا مطلقاً.

ويمتحنُ الزاملة باليد، إنْ كانتْ حاضرةً، فيكتفي به؛ لأنَّهُ يعرف ثِقَلَهَا وخِفَّتَهَا باليد؛ كما يعرف الراكب بالنَّظَرَ إليه، إذا كان حاضراً، ولا يُشْتَرَطَ امتحانه باليد ولا وزنُهُ.

وإنِ اكترَىٰ للحَمْلِ، فيشترط رؤْيَةُ ما يحمله مع الْحِبَالِ، والأوعيَةِ، وإنْ كان الحَمْلُ غائباً ـ: يجبُ أن يذكر جِنْسَهُ؛ أنه حديدٌ، أو قُطْنٌ؛ لأنَّه يختلفُ على الدابَّة، ويذكُرُ وزْنَهُ، أو كَيْلَهُ إن كان مَكِيلاً، والوَزْنُ أوْلَىٰ؛ لأنَّهُ أحصَرُ وأبْعَدُ من الغَرَرِ.

وإنْ كان شيئاً حاضراً في وِعَاءٍ ـ: يمتحنه باليد، فإنْ كان مَحْمَلاً، أو زاملةً، أو ظَرْفاً لمتاعٍ، بغَيْرِ رُؤْيةٍ ولا وصفٍ ـ: لا يصحُّ العقد، إلاَّ أن يكونَ مما لا يختلفُ؛ مِثْلُ غرائر متماثلة، فيكتفي بمجرَّد الذكر، وإن أرَاهُ الحمل، وقال: مَعَهُ معاليقُ مِثْلُ السُّفرة[1] والإداوة[2] والقِرْبَةِ والقُدُورِ والقُمْقُمَة: فإنْ رآها، أو ذَكَرَ وَزْنَهَا ـ: جاز، وإنْ لم يَرَهَا، ولم يصف ـ: ففيه قولان:

أصحُّهما: لا يصحُّ لأنَّها مجهولةٌ.

والثاني: يصحُّ؛ للعادةِ في ذلك؛ فيكونُ تبعاً للراكِبِ والحَمْل، ويحملُ على [الوسطِ][3].

والأصَحُّ هو الأوَّلُ: أنه لا يصحُّ؛ حتَّىٰ تكون معلومةً.

وقيل: القولُ الثاني ليْسَ قولاً للشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ إنَّما هو مذهَبُ مالكٍ ـ رحمة الله عليه ـ.

ونعني بالسفرة: سُفْرةً خاليةً عن الزَّادِ، وإداوَةً فارِغَةً من الماء، فإن كان فيها زادٌ

---

(١) السُّفْرة: طعام يصنع للمسافر، وما يحمل فيه هذا الطعام، والمائدة، وما عليها من الطعام. المعجم الوسيط (١/ ٤٣٥).

(٢) الإداوة: إناء صغير يُحمل فيه الماء. والجمع: أدَاوي. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ١٠).

(٣) سقط في د.

اكترى لحَمْلِ متاع، فلو سلَّم إليه دابَّةً عريانةً، فركبها أو حَمَلَ عليها بلا إكافٍ ولا سَرْجٍ ـ: ضمن؛ لأنَّهُ يدقُّ ظَهْرَ الدابَّة، إلاَّ أَنْ يكتري إلى مسافةٍ قريبةٍ، وإنْ كان في الذمَّةِ ـ: فالإكافُ والسَّرْجُ والبَرْذَعَةُ الَّتي تحتَهُ كلُّها تكونُ على المُكْرِي؛ لأنَّها للتمكُّن من الانتفاعِ.

أمَّا ما يحتاجُ إِلَيْهِ للتوطئة وإصلاحِ المركوبِ ـ: فعلَىٰ المُكْتَرِي، وذلك مثلُ المَحْمِلِ والوِطَاءِ والمِظَلَّةِ والحَبْلِ الذي يشدُّ به المحملُ على الحَمْلِ، والذي يُشَدُّ به أحدُ المحملَيْنِ إلى الآخر، والغِطَاءُ وأُجْرَةُ الدليلِ والسائقِ على المُكْرِي، إن كانت الإجارةُ في الذمَّة؛ لأنَّه يحتاجُ إِلَىٰ تحصيله في ذلكَ الموضِعِ.

وهذا مِنْ مُؤَنِ التحصيلِ.

وإن كانَتْ على دابَّةٍ بعينها ـ: فعلى المكتري؛ لأنَّ الذي على المُكْرِي تسليمُ الدابَّةِ، وقد فَعَلَ.

وإذا اكْتَرَىٰ دابَّةً بعينها للركوبِ أو للحَمْلِ إلى بلدٍ، وسلمت الدابَّة إِلَيْهِ ـ: لا يجبُ على المكرِي الخُرُوجُ معه، ولا إعانَتُهُ في الحَمْلِ والإركابِ والإنزالِ.

وإذا هلكَتِ الدابَّة ـ: ينفسخ العقدُ، وإذا وَجَدَ بها عيباً بأَنْ كانَتْ تَعْثُرُ في مَشْيها أو لا تُبْصِرُ باللَّيْلِ [أو][1] نحوه ـ: فهو بالخيارِ: بَيْنَ أن يمسكها مَعَ ذلك العَيْبِ، أو يَرُدَّهَا ويَفْسَخَ العقد، ولَيْسَ له إبدالها بغيْرِهَا، وإنْ وَجَدَهَا خَشِنَةَ المَشْيِ ـ: لم يكُنْ له رَدُّهَا؛ لأنَّهُ لا يُعَدُّ عَيْباً، وإذا أفلس المكرِي ـ: يُقَدَّمُ حَقُّ المكتري على سائِرِ الغرماءِ، وإن كانَتِ الإجارةُ في الذمَّة؛ بأن قال: ألزمتُ ذِمَّتَكَ حَمْلِي على دابَّتِكَ أو حَمْلَ متاعِي إلى بلدِ كذا، أو قال: أستأجرتُكَ؛ لتحمِلَنِي أو تحمِلَ متاعِي عَلَىٰ دابَّتِكَ إِلَىٰ موضِعِ كذا ـ: جاز، ويكون كالسَّلَمِ ـ: يجبُ تسليمُ الأجرةِ في المَجْلِسِ؛ فإن عيَّن الدابَّةَ، وقال: لتحملَنِي على هذه الدابَّة ـ: لا يصحُّ؛ لأن السَّلَمَ في العَيْن: لا يصحُّ، وهل يجبُ أن يبيِّن جنْسَ الدابَّةِ أنه بعيرٌ أو فَرَسٌ أو حِمَارٌ؟ نُظِرَ: إن كان أرادَ الركوبَ ـ: يجبُ أن يبيِّن؛ لأنَّ الأغْرَاضَ تختلفُ باختلافِ الدَّوَابِّ، وهلْ يحتاجُ إِلَىٰ بيانِ النَّوْعِ لاختلافِ الأنْوَاعِ في السَّيْرِ؟[2] فيه وجهان.

وإن أرادَ الحَمْلَ ـ: لا يجبُ بيانه؛ لأنَّ المقصودَ مِنَ الحَمْلِ حُصُولُ المتاعِ في ذلكَ المَوْضِعِ؛ فعلى أيِّ وَجْهٍ حَصَّلها ـ: جاز.

وإذا سَلَّم الدابَّة إليه، فهلكَتْ عنده ـ: لا ينفسخ العقْدُ، ولو وجد بها عيباً، وردَّها ـ: لم يكُنْ له فسْخُ العقد، ويجبُ على المكرِي الإبدالُ.

ولو أفلس المُكْرِي بعد تسليمِ الدابَّةِ إلى المكتَرِي ـ: فهو مقدَّمٌ على سائر الغرماءِ،

---

(١) في د: و.

(٢) في د: المسير.

وإن كان قَبْلَ تسليمها - نُظِر: إن كانَتِ الأجرةُ قائمةً في يدِ المكرِي -: فللمكتري فَسْخُ العقدِ، وأسترداد الأجرة، وإن كانَتْ تالفةً -: فلا فَسْخَ له، ولكنَّه يحاصُّ الغرماء؛ فما يخصُّهُ مِنْ ماله -: يكتري له بِهِ دابّة.

ولو أراد المكتري أنْ يبدِّل منفعةَ الدابّة بشَيءٍ آخَرَ -: يقبضه مِنَ المُكْرِي؛ فإن كان العقد في الذمَّةِ -: لا يجوزُ؛ لأنَّ بَيْعَ المُسَلَّمِ فيه قَبْلَ القَبْضِ -: لا يجوزُ، وإنْ كان العَقْدُ على العَيْنِ -: قال الشيخ: فهو كما لو أَجَرَ العيْنَ مِنَ الأَجير، وفيه وجهانِ:

الأصح: أنَّهُ يَجُوزُ بعْدَما قبَضَهَا؛ كما لو اشترى شيئاً، وقبَضَهُ، ثم باعه مِنْ بائعه: يجوز.

وإذا سلَّم الدابَّةَ التي في الذمَّةِ إلى المكترِي -: فعلى المُكْرِي أن يَخْرُجَ معه يَسُوقُ وماءٌ، فلا بُدَّ من رؤيته، أو ذِكْرُ وزنه.

ولو أكترى دابَّةً ليحملَ عليها ما شاء -: لم يجُزْ للجهالة، ولأنَّ الدابّة لا تَحْمِل كُلَّ ما يحملُ.

ولو قال: مِائَةَ مَنٍّ ممَّا شئت -: ففيه وجهان:

أحدُهُما: لا يجوزُ؛ لاختلافِ الأشياءِ في الضَّرَرِ.

والثاني: يجوزُ، فيكونُ رضاً منه بأضَرِّ الأشياءِ؛ فإنْ جوَّزنا فيكونُ مع الوعاءِ مائة مَنٍّ، ولو قال: مائة مَنٍّ من الحنطةِ -: فيكونُ مائةٌ من دُونِ الوعاء.

وإذا أكترَىٰ ليحملَ عَلَيْها مائةَ مَنٍّ مع الزادِ، فَفَنِيَ الزادُ -: يجوزُ إبدالُهُ، وإن كان فَقَد بعضه -: فهل له إكماله؟ فيه قولان:

أصحُّهما: له ذلك؛ كما لو نفد الكُلّ، وكما لو انكسر المَحْمِلُ أَوِ المظلَّة، أو هلك بَعْضُ متاعه أو بَاعَه -: يجوزُ له إبداله..

والثَّاني: لَيسَ له إكماله؛ لأنَّ العادة لم تَجْرِ به.

وقال أبو إسحاق: إن كان بَيْنَ يَدَيْه منزلٌ يعزُّ فيه الطعامُ -: فله أن يبدل قولاً واحداً، وإن كان قد شَرَطَ أنَّه يكملُ ما أنتقصَ -: فله الإكمالُ قولاً واحداً.

وإذا أكترَىٰ دابَّةً للركوب -: فعلَى المُكْرِي كُلُّ ما يحتاج إليه للتمكُّن للركوبِ؛ مثل: البُرَةِ [التي][1] في أنْفِ الجمَلِ والْخِطَام ولجام الفَرَسِ.

وإذا أكترَىٰ عَيْنَ دابَّةٍ للركوب -: فالسَّرْجُ والإكافُ على المُكْتَرِي؛ وكذلك الوعاء. إذا

---

(١) سقط في د.

الدابَّةَ، ويتعهَّدها: فإن كان المكتري مريضاً، أَوْ شَيْخاً كبيراً، أو سَمِيناً، أو امرأةً: ينيخ له البعيرَ، وينزله ويركبُهُ، فإن كان قويًّا يمكنُهُ ركوبُ البعير قائماً ـ: لا يلزمه أن ينيخ له البعيرَ، فإن كان قويًّا، فمرض وضَعُفَ ـ: يجبُ أَنْ ينيخ له، وإنْ كَانَ ضعيفاً، فَقَوِيَ ـ لا يجبُ، فإنِ ينظُرُ أحتاجَ إِلَىٰ إعانةٍ ـ: أعانه.

وإن أكتَرَىٰ ما في الذمَّة للحمل ـ: فعلى المُكْرِي شَدُّ المَحْمِلِ على البعيرِ، وحَلُّهُ وحَطُّهُ ورَفْعُهُ، وأما شَدُّ أحد المَحْمِلَيْنِ بالآخرِ ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: على المكرِي؛ لأنَّه من الحمولةِ.

والثاني: على المكترِي؛ لأنَّه بمنزلةِ تأليفِ المَحْمِلِ، وضَمِّ أجزائِهِ بعضِهَا إِلَىٰ بعض، وإذا نزل لقضَاءِ حاجةٍ أو لأداءِ فَرِيضَةٍ، أو ما لا بُدَّ مما لا يُمْكِنْ فعلُهُ على الدابَّةِ ـ: عليه أن ينتظرَهُ مِنْ غير أستعجال، ولا يَطُولُ المنازل، بل على الوَسَط، ولا يلزمُهُ قَصْرُ الصَّلاة، ولا ينتظرُهُ للنافلةِ ولا للأكلِ والشُّرْبِ؛ لأنه يمكنُ فَعْلُهَا على الدابَّةِ.

وإذا أختلفا في الرحَل[1] ـ: رَحلَ لا مكبوباً ولا مستلقياً، والمكبوبُ: أَنْ يكُونَ مؤخَّرُ الرَّحْلِ أعلَىٰ؛ فهو أيسَرُ على الدابَّةِ وأشَقُّ على الراكبِ، والمستلقى عكسه.

وإذا أكتَرَىٰ دابَّةً إِلَىٰ بلدٍ ـ: يجبُ أَنْ يبيِّن مَسِير كُلِّ يوم بالفراسخ، ثم يسيران عَلَىٰ الشَّرْطِ؛ فإنْ شرطا لكل يوم عَشَرَةَ فراسِخَ، فسار في كلِّ يوم أكثَرَ أو أقلَّ ـ: فلا تجبَرُ الزيادةُ بالنقصانِ، ويسيرانِ بَعْدَهُ على الشَّرْطِ، وإنْ لم يبيِّنا ـ نظر: إن كانَتْ منازلُ ذلك الطَّريق مَعْلومة ـ: صحَّ العقْدُ، وينزلان عَلَيْهَا، فأيهما أرَادَ المجاوَزَةَ عنها أو النُّزُولَ دونَهَا ـ: فلآخر الأَّ يرضَىٰ، وإنْ كانَتْ منازلُهَا مختلفةً ـ: لا يصحُّ حتَّىٰ يبيِّنا، وإنْ لم يكُنْ فيها منازلُ ـ:

يجبُ أن يبيِّنا بالفراسِخِ، ثُمَّ إذا أرَادَ أحدُهُما المجاوَزَةَ عنها، أو النُّزُولَ دونها؛ لخوف أو لخصبٍ ـ: لم يكُنْ له ذلك، إلاَّ أنْ يوافِقَهُ صاحبُهُ.

ولو أختلفا في السَّيْرِ[2]؛ فقال المُكْرِي: نسير بالليل؛ فإنه أخَفُّ على الجِمَالِ؛ فلا يصيبُهَا الحَرُّ، وقال المكتري بَلْ نسيرُ بالنهار؛ فإنه آمَنُ ـ: لا ينظَرُ إِلَىٰ قولِ واحدٍ منهما، بل يَسِيرَانِ عَلَىٰ عادةِ النَّاسِ في مسيرِ ذَلِكَ الطَّريقِ مِنْ ليلٍ أو نهارٍ، وإن كانَتِ العادَةُ في ذلك الطريقِ النُّزول للرواحِ ـ: ففيه وجهان:

أحدُهُما ـ: يكونُ النُّزولُ على العَادَةِ؛ لأنَّ المتعارَفَ؛ كالمشْرُوطِ.

والثاني: لا يَلْزَمُ؛ لأنَّهُ أكترى للرُّكُوبِ في جميعِ الطريقِ؛ فلا يلزمُهُ تركه في بعضه.

---

(١) في أ: المحمل.

(٢) في د: المسير.

وإن كان موضِعُ النُّزُولِ معلوماً، فقال المكتَرِي: نَنْزِلُ في وسَطِ البلدِ؛ لأنَّه آمن، وقال المكْرِي: بَلْ في الصحراءِ؛ لأنَّه أقربُ إِلَىٰ المَرعَىٰ ـ: لا ينظَرُ إِلَىٰ قولِ واحدٍ منهما؛ لكن ينزلانِ في الموضِعِ المعتادِ.

ولو أكتَرَىٰ دابَّةً مِنْ بغدَادَ إلى البَصْرة: فإذا بلغ عُمْرَانَ البصرةِ ـ: له أن يستردَّ الدابَّة، وإن لم يَصِلْ إلى دارِه.

ولو أكتَرَىٰ دابَّة إلى مكة ـ: لم يجُزْ أن يَحُجَّ عليها؛ لأنَّ ذلك زيادَةٌ على المعقودِ علَيْه، وإنِ أكتَرَىٰ للحج عليها ـ: فله أن يركَبَهَا إِلَىٰ مِنَىٰ، ثم إِلَىٰ عَرَفَاتٍ، ثم إلى المزدلفةِ، ثم إِلَىٰ مِنى، ثم إِلَىٰ مكَّةَ للطوافِ، وهلْ يجوزُ أن يركَبَهَا من مكَّةَ عائداً إلى مِنَىٰ للمبيتِ والرَّمْي ـ: فيه وجهان:

أحدُهُما: لا يَجُوزُ؛ لأنه قد حَلَّ بالطوافِ من الحَجِّ.

والثَّاني: يَجُوزُ؛ لأنَّ العَوْدَ إِلَىٰ مِنَىٰ للمبيتِ والرَّمْيِ مِنْ تمامِ الحَجِّ.

ولو أكترى دابَّةً من البلدِ إِلَىٰ قَرْيَةٍ سمَّاها: فإذا أتَىٰ القَرْيَةَ ـ: لا يجوزُ له رَدُّهَا إِلَىٰ البَلَدِ، بل يسلِّم إِلَىٰ وكيلِ المُكْرِي، إن كان لَهُ بها وكيلٌ، فإن لم يكُنْ ـ: فإِلَىٰ حاكِمِ القَرْية، فإنْ لم يكُنْ ثَمَّ حاكمٌ ـ: فإِلَىٰ أمِينٍ، وإن لم يَجِدْ ـ: رَدَّها إلى البلد.

ولا يَجُوزُ أن يركَبَهَا في الطريقِ؛ فإن ركبَ ـ: ضَمِنَ، إلاَّ أن تكونَ الدابَّةُ جَمُوحاً لا تَنْقَادُ إلاَّ بالركوب ـ: فلا يضمنُ. وقال صاحب «التقريب»[1]: يجوزُ له رَدُّهَا إلى البلد، إلاَّ أن ينهاهُ عَنْ رَدِّهَا.

وإنْ شَرَطَ عليه الرَّدَّ ـ فعلَىٰ قول صاحِب «التقريب»: هو قضيَّةُ العقد، وعلَىٰ قولِ غيرِهِ: يفسد العقْدُ، غَيْرَ أنه لو رَدَّ ـ: لم يضمنْ لوجودِ الإذنِ، إلاَّ أَنْ يركَبَ في الرَّدِّ؛ فيضمن إلا أَنْ تكون جموحاً.

ولو أكتَرَىٰ إِلَىٰ قريةٍ، فسقط السَّوْط مِنْ يده في الطريقِ، ومضَىٰ قَدْرُ غَلْوَة[2]، ثم رَجَعَ راكِباً لأخذِ السوطِ، فإذا بَقِيَ من[3] القريةِ قَدْرُ تلك الغَلْـوة ذهاباً ورجوعاً ـ: عليه أَنْ ينزل؛ لأنَّ مدَّتَهُ قد أنقضت.

---

(١) في أ: التلخيص.

(٢) الغَلْوَةُ: مقدار رمية سهم، وتقدر بثلاثمائة ذراع إلى أربعمائة ذراع. والجمع: غِلَاء، وغَلَوات. المعجم الوسيط (٢/ ٦٦٠).

(٣) في ظ: إلى.

وذكر صاحبُ «التلخيصِ»: أنه يَجُوزُ ٱكتِرَاء الدابَّة مضموناً في الذمَّةِ، ومعيَّناً، إلاَّ في كراءِ العُقَب[1]: لا يجوز إلاَّ مضموناً. قالَهُ المزنِيُّ في «الكبير» تخريجاً.

وجملتُهُ: أنه إذا أَكْرَىٰ دابَّةً من رَجُلٍ إِلَىٰ موضعٍ؛ ليركب المُكْرِي زماناً والمكتري زماناً ـ: لا يجوزُ؛ لأنه يتأخَّرُ حَقُّ المكتري؛ فتكونُ إجارةً للزمان المستقبَلِ.

ولو أَكْرَىٰ دابَّةً مِنْ رجُلَيْن يتعاقَبَانِ فيه، أو أَكْرَىٰ مِنْ واحدٍ على أَنْ يَرْكَبَ زماناً، ويَمْشِيَ زماناً ـ: ٱختلف أصحابُنَا فيه:

فمنهم مَنْ قال: لا يجوزُ؛ لأنَّه كراءٌ إلى آجالٍ متفرِّقةٍ؛ فيكون إجارَةً للزمان المستقبل.

ومنهم مَنْ ذهب إِلَىٰ ما قال المزنيُّ: أنه إنما يجوزُ مضموناً في الذمَّةِ، فأما أَنْ يكتري جملاً بعَيْنِهِ في الذمَّةِ عُقباً ـ: لا يجوز؛ لأنه إذا كان في الذمَّة: يصيرُ كأنَّه ملك نصْفَ منافعِهِ مُشَاعاً في تلْكَ المَسَافة، ثم يقاسمُ المُكْرِي.

وإذا ٱكْتَرَىٰ ٱثنانِ على هذا ـ: مَلِكَا الكُلَّ، ثم يقتسمَانِ، أما في العَيْن[2]، فلا؛ لأنَّ كُلَّ مدَّةٍ يقبضُهَا يتعقَّبها ما يَقْطَعُها؛ فيصير ما بَعْدَهَا كإجارةِ الزمانِ المستَقْبَلِ.

والمذهَبُ: أنَّه يجوزُ، وهو قولُ عامَّةِ أصحابنا؛ سواءٌ كان معيَّناً أو في الذمَّة.

وذكره الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ في «الأم»؛ لأن الاستحقاقَ مقارِنٌ للعقد، وإنَّما تتأخَّر القسمة.

وأمَّا إذا ٱكتراه واحدٌ ـ: فَقَدْ ملَكَ الركُوبَ في نصْفِ المَسَافَةِ؛ وكذلك: الاثنانِ يكتريَانِ، ثم يقتسمان أو المالكُ مع المكتري: يتعاقَبَانِ، ولا عِبْرَةَ بما يتخلَّل كما لَوِ ٱستأجر ثَوْباً؛ ليلبسه شهراً ـ: فإنه يلبَسُهُ بالنهارِ عَلَىٰ العادةِ، وينزع باللَّيْلِ.

ومِنْ أصحابنا مَنْ قال: إذا اكتراهُ ٱثنانِ في جميعِ المُدَّةِ ـ: يجوزُ؛ لأنَّه لا يكونُ كِرَاءَ مدَّة قابلة، [لأن الكراء موصولٌ].

وإذا ٱكترى واحدٌ، عقْبَهُ ـ: لا يجوز؛ لأن الكراء غيرُ موصولٌ؛ وهذا ـ أيضاً ـ لا يصحُّ؛ لأن كِراءَ المُشَاعِ يجوزُ، ويقاسم المالك[3] كما يقاسمُ الشريك؛ فإن جوزنا ـ فينظر:

---

(١) كراء العقب: جمع عقبة، وهي النوبة؛ لأن كلاًّ منهما يعقب صاحبه ويركب موضعه. ينظر الروضة (٢٥٨/٤).

(٢) في د: المعين.

(٣) سقط في د.

إن كان ذلك في طريق، فيه عادة في الركوب والنزول؛ بأن كان يركَبُ أحدُهُما يوماً، ثم ينزلُ، ويركَبُ الآخَرُ، أو يركَبُ أحدُهُما مِيلاً؛ ثم يَنْزِلُ: فَيُحْمَلُ إطلاقُ العَقْدِ على العادةِ، ولا ينظَرُ إِلَىٰ ٱختلافِهِمَا في أَنَّهُمَا كيْفَ يركبان، وإنْ لم يكُنْ فيه عادةٌ ـ: لم يصحَّ حتَّىٰ يبيِّن مقدار ما يركَبُ كلُّ واحد منْهُمَا، وإنِ ٱختلف في البادىءِ بالركوبِ ـ: يُقْرَعُ بينهما.

وإذا ٱستأجَرَ رجلاً ليعمَلَ مدَّةً ـ: يكونُ زمانُ الطهارة والصلواتِ بفرائِضِهَا وسُنَنِها ـ مستثنًى من العملِ، ولا ينقص من الأجر شيء، وإن كان ذلكَ مِنْ عَمَلِ النهارِ ـ: يتركُ بالليلِ للاستراحةِ، وإنْ كان مِنْ عملِ الليلِ؛ كالحراسة ونَحْوِها ـ: تُرِكَ[1] بالنهارِ، وإن ٱستأجَرَهُ للقيام عَلَىٰ ضَيْعَةٍ، لينظرها ـ: قام عليها لَيْلاً ونَهاراً علَىٰ ما وَسِعَهُ.

وإن ٱستأجَرَ عَبْداً؛ للخدمة ـ: ذَكَرَ وقْتَ الخدمةِ مِنَ اللَّيْلِ والنهارِ؛ فإن لم يذكُرْ ـ: جاز، ولزمَهُ علَىٰ ما جَرَتْ به العادَةُ مِنْ خدمة العبيدِ لساداتهم؛ كما ذكرنا في ذِكْرِ العقد: يُحْمَلُ على العادة.

فَصْــــلٌ

إذا أَجَرَ عبداً، أو أَكْرَىٰ دابَّةً ـ: تكونُ نفقَةُ العبدِ وَعَلَفُ الدابَّةِ على المُكْرِي؛ فإذا ٱكترىٰ جَمَلاً، فهَرَبَ الجَمَّالُ ـ لا يخلو: إما إنْ ذَهَبَ بالجَمَلِ، أو ترك الجَمَلَ: فإنْ ذهَبَ بالجَمَلِ ـ نظر: إن كانَتِ الإجارةُ في الذمَّةِ ـ: يكتري عليه الحاكِمُ مِنْ ماله جَمَلاً يركبُهُ المستأجِرُ، وإن كان قَدِ ٱكترَىٰ عَيْنَ الجَمَلِ ـ: فللمكتري فسْخُ العقدِ؛ كما ذكرنا في هَرَبِ الدابَّةِ.

وإنْ هَرَبَ، وتَرَكَ الجَمَلَ: فإن تبرَّعَ المكتري بالإنفاقِ عليه؛ وإلاَّ رُفِعَ الأمْرُ إلى الحاكمِ حتَّىٰ ينفق عليه مِنْ مال المكرِي، إنْ وَجَدَ له مالاً، وإن لم يجدْ: يستَدِينُ عليه مِنْ إنسانٍ أو مِنْ بَيْتِ المالِ، أو مِنَ المُكْتَرِي، ثم إن ٱئتمن المُكْتَرِي ـ: سلَّم إليه حتَّىٰ يُنْفِقَ عليه، وإنْ لم يَأْتَمِنْهُ ـ: دفع إِلَىٰ أمينٍ ينفقُ علَيْه، وإن أَدَّىٰ ٱجتهادُهُ إلى أن يَبِيعَ جزءاً مِنَ الجَمَلِ ـ: باعَ مِنْهُ بِقَدْرِ الحاجةِ، ولا يبنى عَلَىٰ قَوْلَيْ بيع المُؤَاجِرِ؛ لأنَّه موضِعُ ضرورةٍ، ويبقَىٰ في يدِ المستأجِرِ إلى ٱنقضاءِ مدَّته، ومع وُجُودِ مَالٍ آخَرَ للجَمَّالِ ـ: لا يبيعُ لحَقِّ المستأجِرِ.

وإن أنفق المكْتَرِي مِنْ مال نَفْسِهِ؛ ليرجع ـ نُظِرَ: إن فعل بأَمْرِ الحاكمِ ـ: هل يرجع؟ فيه قولان:

---

(١) في د: يترك.

أحدهما: يَرْجِعُ؛ لأنَّه أنْفَقَ بأمْرِ الحاكم؛ كما لو ٱستَقْرَضَ الحاكِمُ مِنَ المكترِي مالاً، ثم دفَعَهُ إلَيْه؛ لينفق عليه.

والثاني: لا يرجعُ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ فِي حَقِّ نفسه.

إذا ٱدعىٰ أنَّهُ أنْفَقَ قَدْرَ ما يحتاجُ ـ: يُقْبَلُ[1] قولُهُ في ٱستحقاقِ حَقٍّ له علَىٰ غيره، فإذا جوَّزنا، وٱختلفا في قَدْرِ ما أنْفَقَ ـ: فالقولُ قولُهُ.

وإنْ كان ما يَدَّعيه قَصْداً؛ كما لو أمر غيره بالإنْفَاقِ، فٱدَّعىٰ قدراً ـ: قُبِلَ قولُهُ، إن كان ما يَقُولُهُ قَصْداً.

وإنْ أنْفَقَ بغَيْرِ أَمْرِ الحاكمِ، وهناكَ حَاكِمٌ ـ: لم يرجعْ، وهو متبرِّع.

وإن لم يَكُنْ هناكَ حَاكِمٌ ـ نظر: إنْ أشهد ـ: رَجَعَ؛ هذا هُوَ المذهب؛ لأنَّه موضعُ ضرورةٍ، وإن لم يُشْهِدْ ـ: فلا يرجعُ إنْ أمكنه الإشْهَاد، وإن لم يمكنْهُ الإشهاد: ففيه وجهان.

ولو أَجَرَ عَبْداً أو أكْرَىٰ دابَّةً من إنسانٍ بأجرةٍ معلومةٍ، وأَذِنَ له أَنْ يُنْفِقَ الأُجْرَةَ عليه، أو أكْرَىٰ داراً، وأَذِنَ للمكْتَرِي أن يَصْرِفَ الأُجْرَةَ إلَىٰ عِمَارتها ـ: يجوزُ، ثم لو ٱختلفا؛ فقال المستأجر: أنْفقتُ، وقَالَ الآجِرُ: لم تنفقْ ـ: ففيه قولان:

أحدُهُما: القَوْلُ قَوْلُ الآجِرِ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَم الإنفاق.

والثاني: القولُ قولُ المستأجِرِ؛ لأنَّه المباشِرُ؛ فهو أعلَمُ بفعله.

ولو أكْرَىٰ دابَّةً بعَلَفها، أو عبداً بنفقتِهِ ـ: لا يصحُّ؛ لأنه مجهولٌ.

ولو ٱكتَرَىٰ دابَّةً من مرو إلى نَيْسَابُور بعَشَرَةِ دنانِيرَ مطلقاً ـ: يجبُ عليه مِنْ نقدِ مَرْو، سواءٌ كان حَالاً أو مؤجَّلاً.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: مِنْ نقدِ نيسابُورَ.

أمَّا إذَا ٱكْتَرَىٰ كِرَاءً فاسداً، فٱستهلَكَ منفعَتَهَا عَشَرَةَ أيَّامٍ بمَرْو، وعَشَرَةَ أيَّام بنيسابُورَ ـ: يجب عليه أجْرُ مثْلِ عشرةِ أيام بنَقْدِ مَرْو، وأَجْرُ مِثْلِ عشرةٍ بنقد نيسابور ـ: كما في الغَصْبِ؛ لأنَّ في الإجارةِ الفاسدةِ: يجب الضمانُ بالاستهلاك؛ فينظر إلى موضع الاستهلاكِ، وفي الإجارةِ الصحيحة: يجبُ بالعَقْدِ؛ فيجبُ نَقْدُ بَلَدِ العقدِ، والله أعلم.

---

(١) في ظ: قدراً يحتاج أن يقبل.

بَابُ تَضْمِينِ الأُجَرَاءِ

من ٱسْتَأْجَرَ شيئاً؛ لينتفعَ به ـ: فهُوَ أَمَانَةٌ في يدِهِ لا يضمن إلاَّ بالتعدِّي.

أما إذا ٱستأْجَرَ رَجُلاً؛ ليعمل لَهُ عَمَلاً في عَيْنٍ ـ: فالمالُ في يد الأجيرِ، هَلْ يكُونُ مضموناً عليه؟ نُظِرَ:

إنْ لم يَنْفَرِدِ الأجيرُ باليَدِ؛ بأنْ قَعَدَ المستأجِرُ عنده، حتَّىٰ عمل أو حَمَلَ الأجيرُ إلَىٰ بيته ليخبز لَهُ في تنُّورٍ، أو ليَخْتِنَ غُلامَهُ، أَوْ يَحْجِمَهُ أو يَبْزُغ[١] دَابَّتَهُ، أو يُقَصِّرَ، أَوْ يخيطَ لَهُ ثَوْباً، أو ليرعَىٰ غنمه في ملكِهِ، أو ليتعلَّم عنده القرآن، أو حِرْفَةً عنده ـ: فلا يكونُ مضموناً عليه؛ وكذلك: لو حَمَلَ تلميذاً إلَىٰ حانُوتِهِ لِيَتَلْمِذَ لَهُ في بَيْعٍ أو غيره ـ: فلا تكونُ يده يَدَ ضمانٍ.

وإن ٱنفرد الأجيرُ باليد؛ بأنْ سلَّم المال إليه؛ ليعمل فيه عمله نُظِرَ: إن كان الأجيرُ مشتركاً، وهو الذي يعمل له ولغيره؛ كالقَصَّار الذي يقصِّر لكلِّ أحدٍ، والمَلاَّحِ الذي يحملُ لكلِّ أَحَدٍ ـ: قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ: فيه واحدٌ من قولَيْنِ: ٱختلف أصحابنا فيه:

منهم من قال: المسألة على قولين:

أحدُهُما: يكونُ مضموناً عليه، وهو قَوْلُ مالك وأبِي يُوسُفَ ومحمَّد ـ رحمة الله عليهم ـ: لأنَّه أخذه لحظِّ نَفْسِهِ؛ وهُوَ تفريغُ ذمَّتِهِ عن العَمَلِ؛ كالمستَعِيرِ والمُسْتَأْجِرِ.

والثَّاني ـ وهو الأصحُّ، وٱختاره المَزنيُّ ـ رحمة الله عليه ـ: لا يكونُ مضموناً عليه؛ لأنه أَخَذَهُ لمنفعتِهِ ومنفعةِ المالِكِ؛ فلا يلزمُهُ الضَّمَانُ؛ كالمضارب.

ومِنْ أصحابنا مَنْ قال: لا يلزمُهُ الضمانُ قولاً واحداً، قال الربيعُ: كان الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ يَرَىٰ أن الأُجَرَاءَ لا يضمَنُونَ غَيْرَ أنَّه كَرِهَ أن يَبُوحَ به؛ مخافة صُنَّاعِ السُّوءِ، وكان يرى أنَّ القَاضِيَ يَقْضِي بِعِلْمِ نَفْسِهِ غَيْرَ أنَّه كَرِهَ أنْ يَبُوحَ به مخافَةَ قضاةِ السُّوء.

قولُ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: «فيه واحدٌ مِنْ قولَيْنِ» أراد به: الرَّدَّ علَىٰ أبي حنيفة؛ فإنه يقولُ: إذا تَلِفَ في يده بآفَةٍ سماويةٍ أو سُرِقَ ـ: لا ضمان علَيْه، وإنْ تلف بفعْلٍ مأذونٍ فيه؛ بأنِ دقَّ دق مثله، فتخرَّق[٢] ـ: يضمن، فقال: لا يجوز فيه إلا واحدٌ من قولين.

أما ما قُلْتُ ـ وهو: أنه لا يضمَنُ، أو ما قال أَبُو يُوسُفَ: أنه يضمَنُ بكلِّ حالٍ ـ: فإما

---

(١) بَزَغَ البَيْطار الدابة: وخزها وخزاً خفيفاً فوق الحافر لا يبلغ العَصَب كاحلاً لها. المعجم الوسيط (١/ ٥٤).

(٢) في أ: فتمزق.

أَنْ يفصل بَيْنَ أَنْ يكون التَّلَفُ بآفةٍ سماويَّةٍ أو بفعلٍ مَأْذونٍ فيه فلا.

وإنْ كان الأجيرُ منفرداً، وهو الذي يَعْمَلُ له، ولا يعملُ لغيرِهِ؛ بِأَنْ يستأجره مُدَّةً معلومةً لِقصَارَةٍ، أو رَعْيٍ ـ: فلا يمكنُهُ قبولُ ذلك العمل لغيره في تلْكَ المُدَّةِ ـ: فهل يلزمُهُ الضمان؟ اختلفَ أصحابنا فيه:

فمنهم مَنْ قَالَ: فيه قولانِ؛ كالأجيرِ المُشْتَرَكِ، وهو ظاهرُ النَّصِّ.

ومِنْهُمْ مَنْ قال: لا يضمَنْ قولاً واحداً.

والفَرْقُ بَيْنَ المنفرِدِ والمُشْتَرك: أَنَّ المنفردِ ملَكَ المستأجِرُ منافعَهُ في تلْكَ المُدَّة على الاختصاصِ؛ فصار يَدُهُ يَدَ المستأجِرِ؛ كالوكيلِ؛ بخلافِ المشتركِ والمنفردِ: يستحقُّ الأُجْرَةَ بتسليمِ النَّفْسِ، ومضيِّ إمْكَانِ الفعْلِ، وإن لم يعمل، والمشتركُ: لا يستحقُّ إلاَّ بالعملِ، فإن قُلْنا: يضمن ـ: فأيُّ ضَمَانٍ يلزمُهُ؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: أكثَرُ ما كانَتْ قيمتُهُ مِنْ[1] يومِ [قَبَضَ إلى أن][2] هَلَكَ؛ كالمغصُوب.

والثاني: بأعتبارِ يَوْمِ التلف.

وإنْ قلنا: لا يجب الضمانُ: فإنْ تعدَّىٰ ـ: يجبُ الضمانُ مثلُ: إنِ أستأْجَرَ أجيراً؛ ليخبز له في تَنُّورٍ، فخبز في وَقْتٍ لا يخبز فيه لشدَّةِ حُمُوِّهِ، أو ترَكَ فيه فَوْقَ العادَةِ، فأحترق ـ: يجبُ الضمانُ.

ولو عمل عملاً، فتلف، وأختلفا، فقال الأجيرُ: لم أَخْرُجْ عن العادة، وقال المستأجِرُ: بل تعدَّيْتَ ـ: يُسْأَلُ عدلان من أهلِ [تِلْكَ][3] الصناعة: فإنْ قالا: لم يَخْرُجْ عن العادة ـ: لم يضمَنْ، وإلا ضمن؛ فإنْ لم يوجَدْ من يرجعُ إلَيْه ـ: فالقولُ قولُ الأجيرِ مع يمينه؛ لأنَّ الأصْلَ براءَتُهُ عن الضمانِ.

ولو أكتَرَىٰ دابَّةً، فضربَها، أو لجمها باللِّجَامِ، فهلكت ـ: لا ضمَانَ عليه، إن لم يخْرُجْ عن العادة، وإنْ خرج ـ ضَمِنَ، وكذَلِكَ: الرائِضُ[4] إذا ضَرَبَ الدابَّة.

وضرْبُ الرَّوَاضِ يكون أشَدَّ مِنْ ضرب المُكَارِي: فإنْ خَرَجَ عن عادةِ الرَّوَاضِ في الضَّرْب ـ: ضَمِنَ، وإنْ لم يَخْرُجْ ـ: لا يضمَنُ علَىٰ قولنا: إنَّ الأجيرَ لا يضمَنُ.

---

(١) في د: إلى.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في د.

(٤) راض المُهْر رياضاً، ورياضَةً: ذلله. ترتيب القاموس (٢/ ٤١٢).

وكذلكَ: الراعِي في ضَرْبِ الغَنَمِ، إِن لم يَخْرُجْ عن عادة الرُّعَاةِ ـ: لا يضمَنُ؛ بخلاف المعلِّم: يباحُ له ضَرْبُ الصَّبِيِّ.

وكذلك: الزَّوجُ يباحُ له ضربُ زوجتِهِ للتأديب، فإذَا هلكت مِنْ ضَرْبِهِ ـ: ضَمِنَ، وإنْ لم يخرُجْ عن العادةِ؛ لأن الآدَمِيَّ يؤدَّبُ بالكَلَامِ والقَوْلِ العنيفِ، وإذا صار إلى الضَّرْبِ ـ: كان بشرط السلامةِ، والدابَّةُ تأديبُها يكُونُ بالضَّرْبِ، فإذا لم يخرُجْ ضمانُهُ عَنِ العادةِ ـ: لم يضمن.

ولا فَرْقَ بين أن يكونَ الصبيُّ حُرًّا أو عَبْداً في وجوبِ ضمانِهِ إلاَّ أنَّ الحُرَّ يجبُ ضمانه.

وإِنْ ضرَبَهُ بإذْنِ الوليِّ والعَبْدُ إذا ضربه بإذْن المَوْلَىٰ ـ: لا يجبُ ضمانه؛ لأنَّ ضمانَ العَبْدِ لمولاه.

ومَنْ قَتَلَ عَبْدَ الغير بإذنِ مولاه ـ: لا يضمَنُهُ، والرعاة الَّذِينَ يخرجُونَ الدَّوَابَّ إلى الصَّحْرَاءِ؛ ليرعوها ويردوها بالليل بشَيْءٍ تعطيهم أربابُها ـ: فالدوابُّ في أيديهم كالمالِ في يدِ الأجيرِ المشترك؛ لأنَّ الفاسدَ في أصْلِ الضمانِ كالصحيح.

واختلَفَ أَصْحابُنَا فيما يأخذ الحَمَّامِيُّ ممن يدخلُ الحمام:

فمنهم من قال: هو ثَمَنُ[1] الماءِ وأُجْرَةُ الحَمَّامِ والسَّطْلِ وحِفْظِ الثياب؛ فعلَىٰ هذا: لا يضمن الداخلُ السَّطْلَ، إذا هلك؛ لأنَّه مستأجرٌ، وهل يضمن الحَمَّامِيُّ الثيابَ؟ فعلى قَوْلَيْنِ؛ لأنه أجيرٌ مشترك.

ومنهم مَنْ قال: هو ثمنُ الماء، والحَمَّامِيُّ متطوِّع بحفظ الثيابِ معيرٌ للسَّطْلِ؛ فعلَىٰ هذا: لا يضمنُ الحَمَّامِيُّ الثوب إذا هلك، وعلَىٰ الدَّاخِلِ ضمانُ السطلِ إذا هلك؛ لأنَّهُ مستعيرٌ.

وإذَا تَلِفَ المَالُ في يَدِ الأجيرِ بَعْدَ التعدِّي ـ: يلزمُهُ الضَّمَانُ، وأيُّ قيمة تلزمُهُ؟

إن قلنا: يدُهُ يَدُ أمانةٍ ـ: فعليه قيمتُهُ أكثَرَ ما كانَتْ من وقتِ التعدِّي إلى وقتِ الهلاكِ، وإن قلنا: يده يد ضمان ـ: فأكثر ما كانت [من حينِ قَبَضَ إلَىٰ أن هلك][2].

وإذا عمل الأجيرُ عَمَلَهُ، ثم تَلِفَتِ العيْنُ: فإن كان العملُ فِي مِلْكِ صاحبها، أوْ بحضرتِهِ ـ: تجبُ له الأجْرَةُ، وإن كان في يد الأَجِيرِ؛ بأن دفع ثَوْباً إلَىٰ قَصَّار فقصره، ثم

---

(١) في ظ: تقويم.

(٢) سقط في د.

هلك في يده ـ: يُبْنَىٰ علَىٰ أنَّ القِصَارَةَ عَيْنٌ أَمْ أثَرٌ؟ إن قلنا: عَيْنٌ ـ: سقطَتْ أجرته، ثم إن قلْنا: يده يدُ أمانةٍ ـ: لا شيءَ عليه، وإن قلنا: يَدُ ضمانٍ، أو تعدَّىٰ فيه ـ: يجبُ عليه قيمةُ ثَوْبٍ غَيْرِ مقصورٍ.

وإن قلنا: إنَّ القصَارَةَ أثَرٌ ـ: لا تسقط أجرتُهُ؛ لأنّه لما فرع من العمل ـ: صار مُسَلَّماً إلى المستأجر.

ثم إنْ قلنا: يده يَدُ أمانةٍ ـ: لا شيء عليه.

وإن قلنا: يَدُ ضمانٍ، أو تعدَّىٰ فيه ـ يجبُ عليه قيمةُ ثَوْبٍ مقصورٍ، وهلْ يجوزُ للقَصَّار حبْسُ الثوبِ بَعْدَ القِصَارَةِ لاستيفاءِ الأجرة أَمْ لا؟

إنْ قلنا: فعله عيْنٌ ـ: يجوزُ كما يُحْبَسُ المبيعُ لاستيفاءِ الثمن.

وإن قلنا: أثَرٌ لا يجوز؛ كما لو اَستأجَرَ أجِيراً يحمل لَهُ متاعاً إلَىٰ موضِعٍ، فحمله ـ: لم يكُنْ له حَبْسُ المتاعِ على الأجْرةِ.

ولو دَفَعَ ثوباً إلَىٰ صَبَّاغ، فصبغه بِصِبْغٍ من جهة صاحِبِ الثَّوْبِ ـ: فهو كالقصارة، وإنْ كان الصِّبْغُ من جهةِ الصَّبَّاغ ـ: فله حَبْسُهُ بعد الصّبغ؛ لاستيفاء الأجرة، لأنَّ الصِّبْغَ عَيْنُ مال، وإنْ هَلَكَ بعدما صبغ ـ: تسقط قيمةُ الصِّبْغ، وهلْ تَسْقُطُ أجرةُ العملِ؟ فكالقِصَارة[1].

ولو دفع ثَوْباً إلى قَصَّار؛ ليقصر مَجّاناً، أو ليخيطَ ـ: فلا يستحقُّ الأجرة.

ولو هَلَكَ في يدِهِ ـ: لا ضمانَ عليه.

ولو قال: أُرضِيكَ ـ: يستحقُّ أجْرَ المثل.

ولو قال: اَغْسِلْهُ، أو خِطْهُ، ولم يذكُرْ له أجرةً، فغسله ـ: هل يستحقُّ الأجرةَ؟ فيه أربعةُ أوجُهٍ.

أصحُّها ـ وهو المذهبُ ـ: لا يستحقُّ؛ لأنّه لم يذكُرْ له عِوَضاً؛ كما لو بَذَلَ طعامَهُ لمن أكله.

والثاني ـ وهُوَ قَوْلُ المُزَنِيِّ ـ: يستحقُّ الأجرة؛ لأنّه اَستَهْلَكَ عمله.

والثّالث ـ وهو قولُ أبي إسْحَاق ـ: إنْ قال صاحبُ الثَّوْبِ: اَغْسِلْهُ أو خِطْهُ ـ: لزمه الأجرةُ، وإن بدأ العامِلُ، فقال: أَعْطِني لأَغْسِلَ أو لأخِيطَ ـ: لم يلزمه.

والرابع ـ وهو قولُ اَبنِ سُرَيجٍ ـ: إنْ لم يكُنِ العاملُ معروفاً بذلكَ الأَمْر ـ: لا يستحقُّ

(١) في د: كالقصادة.

الأجرة، وإن كان مَعْروفاً بذلكَ الأمْرِ، وأخذ الأجرة عليه ـ: يستحقُّ، وكذلك: لو قَعَدَ بَيْنَ يَدَيْ حلاَّقٍ، فحلق شَعْرَه.

قال الشيخُ ـ رحمه الله ـ: إن قلنا: يستحقُّ الأُجْرَةَ ـ: فهلْ يلزمُهُ الضمانُ إنْ هَلَكَ في يَدِهِ؟ فكالأَجِيرِ المُشْتَرَكِ، وإنْ قُلْنَا: لا يستحقُّ ـ: فلا يلزمه الضمان.

ولو نزل رجل[1] سفينةَ مَلاَّحٍ مِنْ غير إذنِهِ، فحمله فيها إلَىٰ بَلَدٍ ـ: لزمه الأُجْرَةُ؛ لأنَّه أستهلك منفعةَ موضعِهِ مِنْ غير إذنه؛ كما لو سَكَنَ دَارَ الغَيْرِ[2]، وإنْ نزل بإذْنِهِ، ولم يذكُرِ الأُجْرَةَ ـ: فعلى الأوْجُهِ الأربعةِ.

ولو دفع ثوباً إلَىٰ قَصَّار، فجحده، ثم جاء به مقصُوراً ـ: هَلْ يستحقُّ الأجرة؟ نُظِرَ: إن كان قصره، ثم جَحَدَ ـ: يستحقُّ، وإنْ جحد، ثم قصر ـ: فيه وجهان:

أحدُهُمَا: يستحقُّ؛ كالأوَّل.

والثَّاني ـ وبه قال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: لا يستحقُّ؛ لأنَّه عمل لنفسه؛ وهذا بِنَاء علَىٰ أنَّ الأجير في الحَجِّ، إذا صرف الإِحْرَام إلَىٰ نفسه ـ: هل يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ؟ فيه قولان.

ولو أدَّعىٰ الأجيرُ رَدَّ العَيْنِ: إن قُلْنا: يدُهُ يدُ ضمانٍ ـ: لا يُقْبَلُ قولُهُ، وإن قُلْنَا: يدُهُ يَدُ أمانةٍ ـ: هل يُقْبَلُ قوله؟ فيه وجهانِ؛ كالوكيل بالجُعْلِ؛ فإن قلنا: يُقْبَلُ ـ يُقْبَلُ قولُهُ مَعَ يمينه في ألاَّ يلزمه ضَمَانُ العَيْن، أما في استحقاقِ الأُجْرَةِ ـ: فلا يُقْبَلُ قوله.

فَصْلٌ فِي الاخْتِلاَفِ

وإذَا اخْتَلَفَ المُتَكَارِيَانِ: إمَّا في الأُجْرَةِ، فقال الآجِرُ: أَجَرْتُكَ بعَشَرَةٍ، وقال المستأجر: بل بخَمْسةٍ، أو في المُدَّةِ، فقال الآجِرُ: أَجَرْتُكَ شَهْراً، فقال: بَلْ شَهْرَيْن، أو قال: أكْرَيْتُكَ إلَىٰ فَرْسَخٍ، فقال: بل [إلَىٰ][3] فرسخَيْن ـ: يتحالفانِ، فإذا تحالَفَا ـ: أنفسخ[4] العقدُ بينهما، ثم إنْ كان قَبْلَ أستيفاءِ المنفعةِ ـ: لا شيء لأحدهما على الآخَرِ، وإنْ كان بعد الانتفاع ـ: فعلى المكتري أَجْرُ مِثْلِ مدَّةِ الانتفاع.

وكذلك: لو قالَ المُكْرِي: أكريتُكَ هذا البيْتَ الواحِدَ مِنَ الدارِ، وقال المكتري: بل جميعَ الدَّارِ ـ: تخالفا، وعلى المكتري أَجْرُ مِثْلِ ما سكنَ.

---

(١) في ظ: رجلان.

(٢) في د: غيره.

(٣) سقط في د.

(٤) في أ: ينفسخ.

وإن اختلفا في التعدِّي في العَيْن المستأجَرَةِ، فقال الآجر: تعدَّيْت؛ فعليكَ الضمانُ، وقال المستأجر: ما تعدَّيْتُ ـ: فالقولُ قولُ المستأْجرِ مع يمينه؛ لأنَّ الأصْلَ عدمُ التعدِّي.

ولو دَفَعَ ثوباً إِلَىٰ خَيَّاط، فقال له: إنْ كَانَ يَكْفِيني للقميص ـ فاْقطَعْهُ، فقطعه؛ فلم يكْفِهِ ـ: لزِمَهُ الضمان؛ لأنَّه أَذِنَ له بشَرْطٍ، ولم[1] يوجَدْ.

وإنْ قال: هل يكفيني للقميصِ، فقال: نعَمْ، فقال: اْقطَعْهُ، فقطَعَهُ، فلم يَكْفِهِ ـ: لم يضمَنْ؛ لأنَّهُ قَطَعَ بإذْنٍ مُطْلَقٍ، ولو دفع ثوباً إِلَىٰ خَيَّاطٍ ليقطعه، فقطعه قَبَاءً، ثم اختلفا، فقال رَبُّ الثَّوْبِ: أمَرْتُكَ أَنْ تقطعه قميصاً، فقال: لا، بَلْ أمرتَنِي أن أقْطَعَهُ قَبَاءً ـ: فحكَىٰ الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ في «اختلاَفِ العِرَاقِيِّينَ» ـ قَوْلَ ابْنِ أبي ليلَىٰ ـ: أنَّ القَوْلَ قولُ الخَيَّاطِ مع يمينه؛ لأنهما اتفقا على الإِذْنِ في القَطْعِ.

وحكى قول أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: أنَّ القَوْلَ قولُ رَبِّ الثَّوْبِ مع يمينه؛ لأنَّهما لو اختلفا في أصْلِ الإِذْنِ في القَطْع ـ: كان القولُ قولُهُ؛ كذلك في صفة القطع.

ثمَّ قال: وهذا أشبَهُ القولَيْن، وكلاهما مدخُولٌ.

وقال في «الإملاء»: يتَحالَفَانِ، وذكر فيما لَوْ دَفَعَ ثَوْباً إِلَىٰ صَبَّاغٍ ليصبُغَهُ، فصبَغَهُ أخضَرَ، ثم اختلفا، فقال رَبُّ الثَّوْبِ ـ: أَمَرْتُكَ أَنْ تصبُغَهُ أحْمَرَ، وقال الصَّبَّاغ: بَلْ أمرتَنِي أَنْ أَصْبُغَهُ أخْضَرَ ـ: يتخالفان.

ووجْهُهُ: أَنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما مُدَّعٍ، ومُدَّعًى عليه ـ: فَالخَيَّاطُ يدعي الأُجْرَة، وصاحبُ الثَّوْبِ ينكرُهَا، وصاحبُ الثَّوْبِ يَدَّعِي أَرْشَ النقصَانِ، والخياطُ يُنْكِرُهُ.

فمن أصحابنا مَنْ جعَلَ المسألَةَ عَلَىٰ ثلاثَةِ أقوالٍ.

ومنْهُمْ مَنْ قال: هي عَلَىٰ قَوْلٍ واحدٍ؛ أنَّهما يتحالَفَانِ، والقولانِ الآخَرَانِ حكايةُ مذهبِ الغَيْرِ، وقد زيَّفهما بقولِهِ: «كلاهُمَا مَدْخُولٌ».

واختار المزنيُّ: أنَّ القولَ قولُ رَبِّ الثوب؛ كما لو استأجره علَىٰ حَمْلِ متاع، فقال: قد حملْتُ، وأنكر رَبُّ المال أو قال: الدافعُ: دفعتُهُ إليك وديعةً، فقال: بَلْ رهناً ـ: كان القولُ قوْلَ الدافعِ.

فإن قلنا: القولُ قولُ الخَيَّاط: فإذا حلفَ ـ: لا يلزمُهُ ضمانُ القَطْعِ، وهل يستحقُّ الأجرة؟ فيه وجهان:

---

(١) في ظ: وإن.

أحدهُما ـ وهو قولُ ابْنِ أبي هريرة ـ: يستحقُّ؛ لأنَّه حلف علَىٰ أنَّه كان مَأْذوناً في القَطْعِ.

والثاني ـ وهو قول أبي إسحاق ـ: لا يستحقُّ؛ لأنه في الغُرْمِ كان مدعًى عليه؛ فقبل قوله، وفي الأجرةِ: مُدَّعٍ؛ فالقولُ قولُ رَبِّ الثوب مع يمينه؛ لأنَّه منكر.

فإنْ قلنا: يستحقُّ الأجرةَ ـ: فيجبُ المسمَّىٰ أمْ أَجْرُ المثل؟ وجهان:

أحدُهُمَا: المسمَّىٰ؛ لأنَّه حلف على الإذْنِ.

والثاني: أجر المثل؛ لأنَّا لو جعلْنا له ما يَدَّعيه ـ: لم نَأْمَنْ من أن يَدَّعي أضعافَ أَجْرِ مثله.

وإن قلنا: القولُ قولُ رَبِّ الثوب: فإذا حلف ـ: لا يلزمه الأجرَةُ؛ لأنَّ الخيَّاط فعل ما لَمْ يكُنْ له فعله.

ويجبُ على الخَيَّاط أرْشُ نقصان القطع، وماذا يلزمُهُ؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: ما بَيْنَ قيمته صحيحاً ومقطوعاً؛ لأنَّا حكمنا أنَّه لَمْ يَأْذَنْ له في القَطْع.

الثَّاني: يلزمه نقصانُ قطع دَخَلَ بسَبَب القَبَاء.

وأما القَطْعُ الذي يحتاجُ إلَيْهِ في القميص ـ: فلا يضمنه؛ لأنَّ رب الثوبِ أَذِنَ فيه.

وإنْ قلنا: يتحالَفَانِ: فإذا تحالفا ـ: لا شيْءَ لأحدهما على الآخر، فرَبُّ الثوب يستفيدُ بيمينه سقوطَ الأُجْرة عنه، والخياطُ يستفيدُ بيمينِهِ سُقُوطَ الغُرْمِ عنه.

فإذا أراد الخَيَّاط نَزْعَ الخيطِ ـ: هل له ذلك؟

إنْ قُلْنَا: يستحقُّ الأجرة ـ: فَلَيْسَ له ذلك؛ لأنَّه أخذ العوضَ في مقابلته.

وإن قلنا: لا يستحقُّ: فله ذلك: كالصَّبغ.

فإذا قُلْنا له ذلك، فقال رَبُّ الثوبِ: أنا أَشُدُّ خيطانه حتَّىٰ تدخل الدروز عند نزعك ـ: لم يكُنْ له ذلك إلاَّ برضا الخَيَّاط؛ لأنَّهُ يتصرَّف في مِلْكِ الخَيَّاطِ.

قال ـ رضي الله عنه ـ: إذا قُلْنَا: القَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الثَّوْبِ، فحلف، وقلنا: لا يَضْمَنُ الخَيَّاطَ إلاَّ نقصاناً دخل بسبب القَبَاءِ ـ: يجب على رَبِّ الثوب الأجرَةُ للقَطْعِ الذي لَمْ يوجب ضمانه، والله أعلم.

بَابُ المُزَارَعَةِ(١)

رُوِيَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ قَالَ: كُنَّا نُخَابِرُ، وَلاَ نَرَىٰ بِذَلِكَ بَأْساً، حَتَّى

---

(١) كراء العامل في الأرض بجزء مما تنبته معلوم النسبة، يسمى بالمزارعة.

المزارعة: لهذا الكراء صور:

أولاهما: أن يدفع رب الأرض أرضه وبذره إلى من يعمل فيها بجزء معلوم النسبة مما تنبته على أن يكون البقر والآلات من العامل.

والثانية: مثلها إلا أن البقر والآلات مشروطة فيها على رب الأرض.

وقد اختلف الفقهاء في هاتين الصورتين

فمنعهما الإمام أبو حنيفة وزفر وجمهور الشافعية وابن حزم الظاهري. وأجازهما أبو يوسف ومحمد والحنابلة.

وأجازهما المالكية أيضاً لكن شرطوا في الأولى أن تتبادل نسبة النصيبين مع نسبة أجرتي الأرض والعمل: كأن تساوي أجرة الأرض مائة والعمل مع البقر، والآلات خمسين فيدخلا على أن لرب الأرض الثلثين وللعامل الثلث، أو تساوي أجرة الأرض مائة والعمل مع البقر والآلات مائة فيدخلا على أن لكل منهما النصف، وشرطوا في الصورة الثانية شرطين:

أولهما: أن تتعادل نسبة النصيبين مع النسبة بين أجرة الأرض والبقر والآلات وبين أجرة العمل.

وثانيهما: أن يعقداها بلفظ الشركة لا بلفظ الإجارة ولا بالإطلاق وإليك أدلة الفريقين.

استدل المانعون على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

ما رواه ابن حزم من حديث ثابت بن الضحاك أن رسول الله ـ ﷺ ـ نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة، وقال لا بأس بها فهذا الحديث صريح في النهي عن المزارعة، وفي القاموس المزارعة المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها، ويكون البذر من مالكها. اهـ. ولا شك أن الصورتين اللتين ذكرناهما ينطبق عليهما حد المزارعة المذكور فتكونان غير مشروعتين بهذا النص.

ونوقش بأنه محمول على المزارعة الفاسدة التي كانت يتعاملون بها من اشتراط ما على الماذيانات وأقبال الجداول ونحو ذلك من المعاملات التي ثبت النهي عنها، أو محمول على اجتنابها ندباً واستحباباً، ولا يقال إن الحمل على ما ذكر خلاف الأصل، لأنا نقول إنه لا بد منه للجمع بين الأدلة كما يأتي.

ما رواه الدارقطني والبيهقي عن أبي سعيد الخدري ـ رضي الله عنه ـ قال: نهى رسول الله ـ ﷺ ـ عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان.

فهذا الحديث دال على منع استئجار من يطحن الحب بجزء منه مطحوناً ولو معلوماً، لأنه إذا استحق الطحان هذا الجزء مطحوناً كان مستحقاً لطحنه على صاحب الحب مع أن الأمر يطحن الحب يتضمن استحقاق المالك لهذا الطحن على العامل، فيكون العقد متناقضاً لما فيه من استحقاق طحن قدر الأجرة لكل واحد منهما على الآخر.

والمزارعة في معنى ذلك لأن قول صاحب الأرض للعامل ازرع هذا الحب بنصف ما يخرج منه يقتضي أن نصف الخارج أجرة، فيستحق العامل على صاحب الأرض أن يزرعه ليسلمه إياه، مع أن اللفظ يتضمن استحقاق رب الأرض على العامل أن يزرعه فيكون كل منهما مستحقاً على الآخر أن يزرع الجزء =

. . . .

= المجعول أجرة وهذا تناقض وقد يناقش بأن النهي عن قفيز الطحان ليس للتناقض، إذ لا تناقض فيه، فإن العقد مقتضاه أن الأجير لا يستحق القفيز إلا بعد الانتهاء من طحن جميع الحب، فالحب كله مملوك لصاحبه، وطحن جميعه مستحق له على العامل، والذي يستحقه العامل إنما هو القفيز المطحون بعد طحنه إياه، فليس هناك استحقاق عمل من كل منهما على الآخر فلا تناقض. فالظاهر أن النهي عن قفيز الطحان إنما هو للغرر. وذلك إنما يكون في شيء من الحب مجهول المقدار، يقال للطحان: اطحنه ولك قفيز منه، فإذا أخذ القفيز لم يدر الباقي كم هو؟ ولعله يكون مقداراً لا يستحق عليه القفيز، أو مقداراً يستحق عليه أكثر من القفيز، فيقع الغبن على أحدهما، ويحدث حينئذٍ التنازع لا يقال إنهما قد تراضيا عند العقد والتراضي مانع من التنازع لأنا نقول إن التراضي المبني على الجهالة ليس تراضياً حقيقة ولا يمنع التنازع عن انكشاف الحال.

والمزارعة بصورتيها السابقتين ليست من هذا القبيل أصلاً فإن الأجر فيها قد علمت نسبته، وقد حصل التراضي من المتعاقدين بهذه النسبة وهو تراض حقيقي لأن النسبة لا تتغير بكثرة الحاصل ولا بقلته، فلا غبن من أحدهما للآخر.

ولهذا لو أكرى الأرض بمقدار معلوم بالكيل أو الوزن مما يخرج منها كان فاسداً كقفيز الطحان المنهي عنه. على أن حديث النهي عن قفيز الطحان إنما روي من طريق هشام أبي كليب: قال ابن القطان لا يعرف، وكذا قال الذهبي، وزاد وحديثه منكر. اهـ.

واستدل المجوزون على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

ما رواه الترمذي وصححه عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي - ﷺ - لم يحرم المزارعة ولكن أمر أن يرفق بعضهم ببعض.

فهذا ابن عباس حبر الأمة وعالمها يجزم بأن النبي - ﷺ - لم يحرم المزارعة، وهو لا يجزم بذلك إلا بعد الاطلاع على نواهيه - ﷺ - وأوامره المتعلقة بالمزارعة واستقرائها وإلا لقال لا أعلم أن النبي حرم أو لم يبلغني أنه حرم ولم يجزم هذا الجزم الذي يدل على تيقنه ذلك.

ما رواه أحمد والبخاري وأبو داود وابن ماجه عن عمرو بن دينار قال قلت لطاوس لو تركت المخابرة، فإنهم يزعمون أن النبي - ﷺ - نهى عنها، فقال إن أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي - ﷺ - لم ينه عنها وقال لأن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً.

فقوله - ﷺ - خير أفعل تفضيل يقتضي المشاركة والزيادة، فيكون أخذ الخراج المعلوم على الأرض مشاركاً للمنحة في الخيرية، وإن زادت المنحة عنه فيها، وما فيه خير فهو جائز.

والمقصود بأخذ الخراج المعلوم المخابرة بدليل صدر الحديث، والمخابرة أنه يزرع على النصف ونحوه كما في القاموس فهي شاملة لما لو كان البذر من العامل أو من المالك كالصورتين اللتين معنا.

المختار: من تأمل في أدلة هذين المذهبين ومناقشاتها لم يسعه إلا اختيار مذهب المجوزين، ومما يدل على قوة هذا المذهب، أن العمل به شريعة متوارثة من لدن عهد النبي - ﷺ -.

قال البخاري في صحيحه ما نصه - باب المزارعة بالشطر ونحوه، وقال قيس بن مسلم عن أبي جعفر قال ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا يزرعون على الثلث والربع، وزارع علي وسعد بن مالك وعبد الله بن مسعود، وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة بن الزبير وآل أبي بكر وآل عمر، وآل علي وابن سيرين، =

أَخْبَرَنَا رَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - «نَهَىٰ عَنْهَا؛ فَتَرَكْنَاهَا؛ لِقَوْلِ رَافِعٍ»[١].

= وقال عبد الرحمن بن الأسود كنت أشارك عبد الرحمن بن يزيد في الزرع، وعامل عمر الناس على أن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا، وقال الحسن لا بأس أن تكون الأرض لأحدهما، فينفقان جميعاً فما خرج منها فهو بينهما، ورأى ذلك الزهري اهـ.

وهذه الآثار التي علقها البخاري في صحيحه قد أوردها بصيغة الجزم فهي صحيحة غير أنها لما لم تكن على شرطه لم يذكرها موصولة، ولا يشترط في أدلة الفقه أن يستوفى شرط البخاري بل يكفي فيها الصحة بل الحسن، وقد وصلت هذه الآثار في غير صحيح البخاري فوصل بعضها ابن أبي شيبة ووصل بعضها عبد الرزاق. بقي أن يقال إن الشرط الذي اشترطه المالكية في الصورتين وهو أن تعادل نسبة النصيبين ما لكل من المتعاقدين، لعلهم قصدوا به الجمع بين أدلة المنع، والجواز، فحملوا أدلة المنع على ما فيه غبن لعدم التعادل، وأدلة الجواز على ما لا غبن فيه لوجود التعادل، لكن يرد عليهم.

أولاً: أنهم أهدروا قيمة البذر الذي يخرجه المالك، ولو اعتبروها لارتفع الغبن كله لا سيما أن هذه المعاملة عندهم من قبيل الشركة ومقتضى الشركة عندهم أن يكون الربح على قدر المالين.

ثانياً: أن الغبن الذي يقع على التراضي لا يجب الاحتراز عنه، فلو كانت أجرة الأرض مائة، وأجرة العامل مع البقر والآلات مائة ورضيا بالمعاملة على أن يكون لأحدهما ثلث الخارج وللآخر الثلثان فهذه نسبة معلومة عند العقد لا تتغير، والرضا بها رضى حقيقي وهو متضمن للرضا بالغبن والمحاباة، وأي مانع يمنع من ذلك اشتراطهم في الصورة الثانية أن تعقد بلفظ الشركة لا بلفظ الإجارة ولا بالإطلاق مبناه أن الإجارة لا بد فيها من العلم بمقدار الأجرة، ولا علم هنا بمقدارها وإن علمت النسبة، فلو عقدت بلفظ الإجارة لكانت إجارةً مختلة الشرط فتكون فاسدة، ولو أطلق العقد لانصرف إلى الإجارة، لأن المالك لما كان منه الأرض والبذر والبقر والآلات ولم يكن من العامل إلا العمل كانت صورتها عند الإطلاق إجارة كإجارة البناء والخياط فتفسد أيضاً، بخلاف ما لو عقدت بلفظ الشركة فإنها تصح، لأن مقتضى الشركة الاشتراك في الربح على قدر المالين.

ويرد على ذلك أيضاً أولاً أنهم أهدروا البذر فخالفوا بذلك سنة الشركة. وثانياً أن اشتراط العلم بالأجرة لم يدل الدليل على اختصاصه بالتقدير، فللعلم طريقان التقدير والنسبة.

والمتأمل يرى أن اشتراط أجر معلوم النسبة أعدل من اشتراط أجر معلوم المقدار، ألا ترى أنه قد يستأجر صاحب الأرض عاملاً بدينار ثم يأخذ الحاصل آخر العام ويسقط منه ما أنفقه فيكون الباقي ديناراً أو أقل، وهو مضطر بمقتضى العقد إلى دفع الدينار للعامل فيخسر هو وحده وقد يكون الأمر بالعكس بأن يربح عشرين ديناراً أو أكثر، ولا يعطى العامل سوى دينار واحد فيكون الغنم له وحده مع أن نتيجة العمل والأرض معاً لا نتيجة الأرض وحدها، بخلاف ما لو استأجره بخمس ما يخرج أو بربعه أو بغير ذلك ممّا يتفقان عليه فإن الربح يكون لهما على النسبة التي ارتضياها.

فالذي يظهر أنه لا حاجة إلى التقييد في هذه الصورة بلفظ الشركة لا سيما أن كثيراً من الأحاديث والآثار خلت من هذا اللفظ. ينظر: نص كلام شيخنا محمد منصور الشيخ في الإجارة.

(١) أخرجه بهذا اللفظ الشافعي (٢/١٣٦)، كتاب المزارعة، حديث (٤٤٧)؛ والحميدي (١/١٩٨) رقم (٤٠٥) كلاهما من طريق سفيان عن عمرو بن دينار عن ابن عمر به. وأخرجه مسلم (٣/١١٧٩) كتاب البيوع، باب: كراء الأرض، حديث (١٠٧/١٥٤٧) من طريق أبي بكر بن أبي شيبة عن سفيان به. =

وعن جابرٍ: «أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ نَهَىٰ عَنِ المُخَابَرَة»[١].

والمُخَابَرَةُ: اكتراءُ الأَرْضِ بِبَعْضِ ما يخرُجُ منها، ويكونُ البَذْرُ من المُكْتَرِي والمزارعة: اكتراءُ العَامِلِ بِبَعْضِ ما يَخْرُجُ مِنَ الأَرْضِ، ويكون البَذْرُ مِنْ رَبِّ الأَرْضِ.

أو يكتري رجلاً ليزرع أرضَهُ يَبْذُرُ له يعطيه عَلَىٰ أَنْ يكون للعامِلِ حَقٌّ معلومٌ منه كلاهما فَاسِدَانِ.

والنَّهْيُ مشهورٌ في المخابرة، فقيسَتِ المزارَعَةُ عليها؛ بخلاف المساقاةِ؛ جَوَّزناها لورودِ الحديث بها، ولأَنَّ عَقْدَ الإِجَارةِ على النخيلِ: لا يتصوَّر، فجُوِّزَتِ المساقاةُ ضرورَةً لمساسِ الحاجةِ إِليها، وعقد الإجارةِ على الأَرْضِ ممكنٌ؛ فلم تَجُزِ المزارعة.

وذهب إِلَىٰ إِبْطَالِ المزارعةِ ابْنُ عمر، وابْنُ عباس[٢] وأبو هريرة؛ وبه قال مالكٌ وأبو حنيفَةَ ـ رضي الله عنهم ـ وأَحَلَّ جماعةٌ مِنَ الصَّحابة المزارَعَةَ؛ وبه قال أبو يوسُفَ ومُحَمَّدٌ؛ كالمساقاة، وإذا عقد المزارعة؛ فما يَحْصُلُ: يكُونُ لمالكِ البَذْرِ، وللعامِلِ عليه أجْرُ مثْلِ عمله، وإن كان الآلاتُ والفدانُ مِنْ جهةِ العامِلِ ـ: فيستحقُّ أجر مثلها، وإنْ كان من كل

= وأخرجه (١٥٤٧/١٠٦) من طريق حماد بن زيد عن عمرو بن دينار قال: سمعت ابن عمر يقول: كنا لا نرى بالخبر بأساً حتى كان عام أول فزعم رافع أن نبي الله ـ ﷺ ـ نهى عنه.

(١) تقدم تخريجه في كتاب البيوع.

(٢) جاءَتِ الشريعة الإسلامية بتوطيد أواصر المحبة، وتدعيم روابط الأُلفة، وقطع وشائج البغضاء، ودابر الخصومات ليعين الناس في بُلَهْنِيَةٍ من العيش يحوطهم جَوٌّ من الصفاء. وكان الناس قبل بعثة النبي ـ ﷺ ـ يَسْلُكون في معاملاتهم طرقاً لا تتصل بِمَبْدأ الشريعة العادلة في قليل من الصواب، ولا كثير.
يؤيد ذلك ما حَدَّثَتْنَا به السنة المطهرة: أنَّ أصحاب المزارع في زمن رسول الله ـ ﷺ ـ كانوا يكرون مزارعهم بما على المَاذِيانَاتِ، وأَقْبَال الجداول، وأشياء من الزرع فَيَهْلكُ هذا وَيَسْلَمُ هذا، ويسلم هذا ويَهْلكُ هذا، ولم يكن للناس كراء إلا هذا فلذلك زجر عنه اهـ. وبهذا صار هذا النوع محرقاً لا يجوز الإقدام عليه بحال.

وكان مفهوماً أن يبقى ما عدا هذه الصورة مُبَاحاً للناس أن يتعاملوا به، فيجوز مثلاً أنْ تُكْرى الأرض الزراعية بالذهب والفضة، وبما يقوم مقامهما من كل معين أو مضمونه طعاماً كان أو غيره تُنْبِتُهُ الأرض، أَوْ لا تنبته، ولكنَّنا نلاحظ أن رواة السنة في هذا المقام لم يتفقوا في نقل ألفاظها عن رسول الله ـ ﷺ ـ، يَدُلُّنا على ذلك أنَّ بعض الرواة نقل عنه ـ ﷺ ـ ما يفيد أن كراء الأرض الزراعية ممنوع مطلقاً، ولو كان بذهب أو فِضَّة، وبعضهم نقل عنه ما يفيد جواز كرائها بهما دون كرائها بالطعام، أَوْ بما تنبته، وبعضهم روى ما يفيد جواز كرائها بكل معلوم مضمون طعاماً كان أو غيره.

ولهذا نرى الفقهاء قد اختلفوا في حكم هذه المسألة تبعاً لاختلاف الروايات عن رسول الله ـ ﷺ ـ فمنهم من منعها في أغلب الصور، ومنهم من جَوَّزَهَا في أغلب الصور.

وذهب قوم من المتقدمين كابن عمر، وجابر بن عبد الله، وأبي هريرة ـ رضي الله عنهم ـ والحسن =

. . . .

= البصري، وطاوس، والأصم، وجماعة من المتأخرين كابن حزم إلى عدم جواز كراء الأرض الصالحة للزرع بشيء أصلاً لا بذهب، ولا بفضة، ولا بعرض ولا بطعام مسمى. ولا يحل عندهم في الأرض إلا أن يدعها مالكها بنفسه، أو يعيرها لمن يزرعها على ألا يأخذ منه شيئاً، ثم إن اشتركا في الآلة والبذر والأعوان دون أن يأخُذ منه للأرض كراء فحسن ومعروف. ويجوز عند هذا الفريق أن يدفع المالك أرضه لمن يزرعها ببذره وحيوانه، وأعوانه، وآلته بجزء مما تخرجه الأرض، قل أو كثر، على أن يكون الباقي للعامل في الأرض.

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

أولاً: ما رواه البخاري، عن جابر بن عبد الله ـ رضي الله عنه ـ أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال: «مَن كانت له أرضٌ فليزرعها أو ليمنحها أخاه، فإن أبى فليمسك أرضه».

وثانياً: ما رواه مسلم، من حديث سالم بن عبد الله بن عمر قال: لقي عبد الله بن عمر رافع بن خديج فسأله، فقال له رافع: سمعت عمِّي وكانا قد شهدَا بدراً يحدثان أهل الدار، أن رسول الله ـ ﷺ ـ نهى عن كراء الأرض. . . . فذكر الحديث، وفيه: أن ابن عمر ترك كراء الأرض. اهـ.

وثالثاً: ما رواه مسلم، عن جابر بن عبد الله ـ رضي الله عنه ـ قال: نهى رسول الله ـ ﷺ ـ أن يؤخذ للأرض أجر أو حظ.

وجه الدلالة من هذه الأحاديث على ما ذهب إليه المانعون، أنها مصرحة بعدم جواز كراء الأرض؛ لورود النهي عند ذلك في صريح لفظها، والنهي حقيقة في التحريم، كما أنه يستفاد منها أنه ليس لصاحب الأرض إلا أن يزرعها بنفسه، أو يمنحها لمن يزرعها، دون أن يأخذ منه شيئاً، أو يمسك أرضه.

ثم قال المانعون بالنسبة للصورة الجائزة عندهم: إننا وجدنا في السنة الصحيحة، ما يدل على جواز إجارة الأرض ببعض ما يخرج منها، فاستثنينا هذه الصورة من جملة ما صح النهي عنه، من أن تكرى الأرض، أو يؤخذ لها أجر أو حظ.

فقد روى البخاري في صحيحه عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ـ ﷺ ـ عامل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر، أو زرع.

ومما لا شك فيه، أن الأرض كانت مملوكة لرسول الله ـ ﷺ ـ والمسلمين، بعد فتح خيبر.

وروى البخاري عنه أيضاً، أن رسول الله ـ ﷺ ـ أعطى خيبر اليهود، على أن يعملوها ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها. اهـ.

فهذان الحديثان مخصصان لعموم النهي عن كراء الأرض بشيء أصلاً، فوجب العمل بمقتضاهما، لا سيما أن هذا كان آخر فعله ـ ﷺ ـ بخيبر، واستمر العمل به زمن أبي بكر، وشطر من إمارة عمر.

رابعاً: أن في كراء الأرض غرراً وذريعة إلى أن يأخذ الإنسان أجرة أرضه، دون أن يدفع في مقابلتها شيئاً؛ وذلك أن الأرض قد تصيبها الإقالة، وتنزل بها الجوائح، ثم يرد المستأجر الأرض إلى مالكها، دون أن ينتفع بها في نظير الأجرة التي بذلها.

وقد ناقش المجوزون هذه الأدلة فقالوا:

إن الأمر في الحديث الأول وارد على سبيل الإرشاد، وبيان ما هو خير لصاحب الأرض، ويؤيد هذا =

. . . .

= الحمل ما رواه الإمام أحمد، والبخاري، عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ـ ﷺ ـ قال: «لأن يمنح أحدكم أخاه أرضة خير له من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً» اهـ.

فهذا يدلنا على أن النبي ـ ﷺ ـ لم يقصد بالحديث تحريم المؤاجرة، فبطل تمسكهم بظاهره.

ثم أجابوا عن حديثي النهي عن كراء الأرض، بحملهما على الوجه المفضي إلى الغرر، ويدل لذلك ما رواه الشيخان عن رافع بن خديج ـ رضي الله عنه ـ قال: كنا أكثر الأنصار حقلاً، فكنا نكري الأرض، على أن لنا هذه، ولهم هذه، وربما أخرجت هذه، ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك، فأما الورق فلم ينهنا.

وما رواه الإمام أحمد، وأبو داود، والنسائي، عن سعد بن أبي وقاص ـ رضي الله عنه ـ أن أصحاب المزارع في زمن النبي ـ ﷺ ـ كانوا يكرون مزارعهم بما يكون على السواقي، وما سعد بالماء مما حول الثلث، فجاءوا رسول الله، فاختصموا في بعض ذلك، فنهاهم أن يكروا بذلك، وقال: أكروا بالذهب والفضة. قال في الفتح ـ رجاله ثقات. اهـ.

فهذان الحديثان يوضحان أن النهي المطلق عن كراء الأرض محمول على ما فيه مفسدة، وظلم، وهذا توفيق حسن، ينبغي المصير إليه جمعاً بين الأدلة، وفراراً مما يترتب على منع الكراء من بقاء الأرض معطلة من الزرع، في حالة ما إذا لم يرد صاحبها أن يزرعها بنفسه، ولم تطب نفسه أن يعيرها لمن يزرعها، فكل إنسان شحيح بما يملك، مع ما في تعطيلها من ضياع المال المنهي عنه.

فإن قال المانعون: لا يلزم التعطيل، ولا ضياع المال؛ لأنا لم نمنع الكراء مطلقاً، بل جوزناه بجزء معلوم كالنصف.

قلنا: إن جواز هذا النوع وحده لا يسد حاجة الناس، فإنه يحتاج إلى رقابة من المالك، وأمانة من العامل، ليصل المالك إلى حقه، وليس كل الناس متيسراً له ذلك، فالحاجة إلى الكراء بقدر معلوم من الدراهم، أو الدنانير، أو نحوهما ـ لا تزال قائمة، وفي منعه من الحرج ما لا يخفى.

ثم أجابوا عن الدليل الرابع من أدلة المانعين؛ بأنه كلام خال من التدقيق، وعار عن التحقيق؛ لأنه لو قدر كل إنسان ما سيصيبه في عمله من ضرر، أو تلف ـ ما أقدم على عمل ما، وبذلك تتعطل الأعمال الحيوية، ويضطرب ميزان الحياة.

وذهب أكثر أهل العلم ـ ومنهم الأئمة الأربعة ـ إلى جواز كراء الأرض في الجملة. واستدلوا على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

أولاً: ما رواه الإمام مالك ـ رضي الله عنه ـ في «الموطأ»، عن حنظلة بن قيس الزرقي، عن رافع بن خديج، أن رسول الله ـ ﷺ ـ نهى عن كراء المزارع. قال حنظلة: فسألت رافع بن خديج بالذهب، والورق، فقال: أما بالذهب والورق فلا بأس به.

ثانياً: ما رواه الإمام مالك ـ رضي الله عنه ـ عن ابن شهاب الزهري، أنه سأل سالم بن عبد الله بن عمر ـ رضي الله عنهم ـ عن كراء المزارع، فقال: لا بأس بها بالذهب والورق.

ثالثاً: ما رواه مسلم، وأبو داود، والنسائي، عن رافع بن خديج قال: إنما كان الناس يؤاجرون على عهد رسول الله ـ ﷺ ـ بما على الماذيانات، وإقبال الجداول، وأشياء من الزرع، فيهلك هذا ويسلم هذا، =

. . . .

= ويسلم هذا، ويهلك هذا، ولم يكن للناس كراء إلا هذا؛ فلذلك زجر عنه، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به:

فهذه الأحاديث، وغيرها بمعناها كثير ـ تدل على جواز كراء الأرض بالذهب والورق، وبكل معلوم مضمون كالعرض؛ وذلك لصلاحيتها أن تكون أثماناً فتصح أن تكون أجرة.

رابعاً: إن الأرض عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها، وهي الزراعة مع بقاء عينها، فجازت إجارتها بالأثمان، ونحوها كالدار.

خامساً: إن الحاجة ماسة إلى هذا النوع من المعاملة، فربما لا يملك الإنسان الأرض، وإن ملكها فربما لا يقدر على استغلالها بنفسه، والسواد الأعظم من الناس عطل من الملك، وأكثر ما يكونون أصحاب كتابة وأرباب خبرة بالزراعة، فكان من لطف الله تعالى أن يشرع لهم معاملة تنفس كربتهم، مصداق ذلك قوله تعالى: ﴿نَحْنُ قَسَمنا بَيْنَهُمْ معيشتَهُمْ في الْحَياةِ الدُّنْيا وَرَفَعْنا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجاتٍ ليتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضاً سِخْرِيًّا﴾.

وقد ناقش المانعون هذه الأدلة فقالوا:

أما الحديث الأول فإنه معلول بالإدراج؛ لأن الجملة التي استدللتم بها في الحديث، وهي: «إما بالذهب والورق فلا بأس به»، إنما هي من كلام رافع ابن خديج الراوي له، والحجة في كلام رسول الله ـ ﷺ ـ لا في كلام أحد سواه.

وروت هذه المناقشة بأن الجملة الواردة في الحديث من كلام الرسول، وليست من كلام رافع فلا إدراج، يؤيد ذلك ما رواه الإمام أحمد، عن سعد بن أبي وقاص ـ رضي الله عنه ـ أن أصحاب المزارع في زمن رسول الله ـ ﷺ ـ كانوا يكرون مزارعهم بما يكون على السواقي... الحديث المتقدم. وفيه: فنهاهم أن يكروا بذلك، وقال أكروا بالذهب والفضة.

فورود هذه الجملة على هذا النحو في حديث سعد دليل على رفع الجملة التي تدعون إدراجها.

قالوا: وأما الحديث الثاني، فالظاهر أن سالماً لما سئل أجاب من نفسه، والحجة في كلام الرسول، لا في كلام أحد غيره، ثم هو على فرض رفعة معارض بما روي عن كثير من الصحابة من منع كراء الأرض.

وأجيب عن ذلك، بأن الذي ورد عن سالم تعضده الروايات الثابتة عن رسول الله ـ ﷺ ـ كما أسلفنا، فقد ورد فيها عن رسول الله ـ ﷺ ـ جواز كرائها بالذهب والفضة، وغاية ما يقال على فرض أن الجواب من عنده: إنه وافق به المرفوع فيكون مقوياً لدليل الجواز، وأما ما روي عن بعض الصحابة من المنع فمحمول على ما فيه مفسدةٌ وغرر كما تقدم.

قالوا: وأما الحديث الثالث، فيناقش بمثل ما نوقش به الحديث الأول.

وقد أجيب عن ذلك، بمثل ما أجيب به عن مناقشة الحديث الأول، على أن صدر الحديث الذي معنا يتأول بأنه من كلام الرسول ـ ﷺ ـ، لا من كلام رافع؛ لأنه إنما نهى عن الوجه المفضي إلى الجهالة والغرر؛ وذلك موجود فيما لم يكن معلوماً ولا مضموناً، فأما ما كان معلوماً مضموناً فيجوز الكراء به، ثم هو على فرض أنه من كلام الراوي، فهو أعلم بمعنى ما رواه من غيره، وليس من المعقول أن يتعدى واحد من الصحابة على مقام الرسول ـ ﷺ ـ بزيادة يخلطها بكلامه ولا غيرها، على أن التصريح بجواز =

واحدٍ نصْفُ البَذْرِ ـ: فما يحصُلُ يكُونُ بينهما، ثم إنْ كان الأرضُ مِنْ واحدٍ، والآلاتُ والعَمَلُ مِنَ الآخَرِ ـ: فلمالكِ الأرْضِ نِصْفُ أُجْرَةِ مِثْلِ الأَرْضِ على العامِلِ، وللعامِلِ نِصْفُ أَجْرِ مثلِ عَمَلِهِ، والآلاتُ علَىٰ مالك الأرضِ، فإن أستَوَيَا تقاصَّا[1]، وإنْ كان لأحَدِهما فضْلٌ ـ: رجع بالفضْلِ.

ولو كان البَذْرُ والأرْضُ مِنْ واحدٍ، والعملُ والآلَةُ مِنَ الآخَرِ، فأقرض صاحبُ البَذْرِ نصْفَ البَذْرِ مِنَ الآخَرِ، وأَجَرَ منه نصْفَ أرضه بنصف عَمَلِهِ، ونصْفَ آلتِهِ ـ: يجوزُ، وما يحصلُ يكُونُ بينهما، ولا شيءَ لأحدِهِمَا على الآخَرِ إلاَّ المستقرض: عليه رَدُّ ما أستقرض من البَذْر.

ويجوزُ أكتراءُ الأَرْضِ للزراعة بالذَّهَبِ والفَضَّة والعُرُوضِ، وبكُلِّ ما ينبتُ من الأرض، إذا كَانَ مُعَيَّناً أو موصوفاً.

وعند مالك ـ رحمة الله عليه ـ: لا يجوزُ بما ينبتُ من الأرضِ، كالمخابرةِ.

قلْنَا: المخابَرَةُ: أكتراءُ الأَرْضِ بما ينبتُ مِنْهَا بَعْدَ العقدِ؛ إما بجنس موصوفٍ أَوْ معيَّنٍ من الحبوبِ؛ فَلاَ بَأْسَ به؛ كما يجوزُ بأحَدِ النَّقْدَيْنِ.

ولا يجوزُ أكتراءُ الأرضِ للزراعةِ إلاَّ أن يكونَ لها ماءٌ[2] معتادٌ لا ينقطعُ شتاءً ولا صَيْفاً مِنْ نهر صغيرٍ أو كبيرٍ أَوْ بِئْرٍ، أو عَيْنٍ.

ويدخُلُ ذلك في مطلَقِ عَقْدِ الإجارة للزراعة؛ بخلاف ما لو باع الأرْضَ: لا يدخل في البَيْعِ بشربها؛ وكذلك: أراضِيَ الجبالِ الَّتي تشرَبُ من ماءِ المطرِ، قَلَّ أو كَثُرَ أو مِنْ نداوة الأَرْضِ بالثلج وغيره: يجوزُ إجارَتُهَا للزراعةِ؛ لأنَّها قلما تختلف.

فإن أكتَرَىٰ أرْضاً للزراعةِ سنةً، ولها ماءٌ معتادٌ، فزرع أحدُ الغَلَّتَيْنِ، ثم أنْقَطَعَ الماءَ ـ نُظِرَ: إن أمكن سقْيُهَا مِنْ موضع آخَرَ، وضمَّنَهُ المكتري ـ: فلا فَسْخ للمكترِي، وإن لم يمكِنْ، أَوْ لَمْ يفعلْهُ المُكْرِي ـ: نصَّ على أن للمكتري فَسْخَ العقد:

وقال في الدَّارِ المستأجرةِ: إذا أنهدمَتْ: إن العقْدَ ينفسخ.

ومِنْ أصحابنا مَنْ قال: فيهما قَوْلانِ:

= الكراء بالذهب والفضة فيما سبق من الأحاديث ـ يرشد إلى هذا.
ينظر: نص كلام شيخنا منصور محمد الشيخ في الإجارة.

(١) في د: تفاضل.

(٢) في ظ: طعاماً.

أحدهما: ينفسِخُ العَقْدُ فيهما؛ لفواتِ المنفعةِ المقصودةِ، وهي السكنَىٰ والزراعَةُ؛ كما لو مات العَبْدُ المستأجر: يَنْفَسِخُ العقد.

والثَّاني: لا ينفسِخُ؛ لأنَّ الأرْضَ باقيةٌ، والانتفاعُ بها ممكنٌ مِنْ وجهٍ آخَرَ، إلاَّ أنه يعطلُ بعْضَ منافعها؛ فيثبت له الفسْخُ؛ كما لو تعيَّب العَبْدُ المستأجر.

ومِنْ أصحابِنَا مَنْ قال: هِيَ عَلَىٰ حالَيْنِ حَيْثُ قال: «ينفسخ العَقْدُ» أراد به: إذا صارَتِ الدارُ تلاًّ لا يمكن الانتفاعُ به، فإنْ أمكَنَ الانتفاعُ به بوجْهٍ ـ: لا ينفسخ.

وحيْثُ قال في انقطاعِ الماء: «له الفسْخُ»، ولم يحكُمْ بالانفساخِ؛ لأنَّ الانتفاعَ بالأرض ممكنٌ بغيْرِ وَجْهِ الزراعةِ بأنْ ينزلها، أوْ يُمْسِك فيها دوابَّهُ ونَحْوِ ذلك، فإنْ لم يمكنْ بأن غَرَقَهَا ماء، أو كبسها رَمَلٌ ـ: فينفسخُ فإن قلْنا: ينفسخ ـ: فالمذهَبُ: أنَّه لا ينفسخُ في المدَّة الماضية، وعليه مِنَ المسمَّىٰ بقَدْرِ ما يقابلها.

فإنْ قلنا: لا ينفسخُ ـ: فله الفسْخُ في المدَّةِ الباقيةِ، والصحيحُ: أنْ لا فَسْخَ له في المدَّة الماضية، وعلَيْهِ بقَدْرِ ما مَضَىٰ من المسمَّىٰ، وإن أجازَ العَقْد ـ: فعليه جميعُ المسمَّىٰ.

وقيل: يلزمُهُ ما يخصُّ الأرض المنقطع ماؤُهُ، فلو أجاز، ثم بَدَا لَهُ أن يفسخ ـ نظر: إن كان الانقطاعُ بحَيْثُ لا يرجَىٰ عَوْدُ الماء ـ: فلا فَسْخَ له؛ لأنَّهُ عَيْبٌ واحدٌ، وقد رَضِيَ به.

وإن كان يُرْجَىٰ عَوْدُ الماءِ ـ: فله الفسخُ، إذا لم يَعُدْ؛ لأنَّه يُقَدَّرُ كلَّ يوم عَوْدُ الماءِ، فإن لم يَعُدْ ـ: يتجدَّد له ضَرَر، فإن عاد ـ: فلا فَسْخَ له.

وإن اكْتَرَىٰ أَرْضاً علَىٰ جَبَلٍ لا ماء لها إلا أن يصيبَهَا نطَفٌ مِنَ السَّماء، أو سَيْلٌ إن جاءَ ـ نُظِرَ: إن اكتراه للزراعةِ ـ: لا يصح؛ لأنَّه أكْرَىٰ منفعةً لا يمكنُ تسليمُها، وإن اكتراهَا لينزلها أَوْ يحفظ فيها دوابَّهُ ـ: صحَّ، وإنِ اكتراها مطلقاً ـ نُظِرَ: إن قال: أكْرَيْتُكَ أرْضاً بيضاءَ لا ماء لها ـ: جاز؛ لأنَّه إذا ذكر ذلِكَ ـ: عَلِمَ أَنَّ المُسْتَأْجِرَ لا يَكْتَرِيها للزراعةِ، إنَّما يَكْتَرِيها لينتفعَ بِهَا مِنْ وَجْهٍ آخَرَ، ثُمَّ المكتري: إنْ شاء تركها، وإن شاء حفظَ فيها دوابَّهُ، وإنْ حَمَلَ مَاءً مِنْ موضِعٍ فزرعها ـ: جاز.

ولا يجوزُ البناءُ والغِرَاسُ، وإن لم يقل: أرضاً بيضاءَ لا ماء لها ـ: هل يصحُّ أم لا؟ فيه وجهان:

أحدُهُمَا: لا يصحُّ؛ لأنَّ الأَرْضَ تكتري[1] في العَادَةِ للزراعةِ؛ فصار كما لَوْ شَرَط ذلك في العَقْدِ.

---

(١) في د: تكرى.

والثاني ـ قاله أبو إسحاق ـ: إنْ كانت الأَرْضُ عاليةً لا يطمَعُ في سوقِ الماءِ إليها ـ: صَحَّ العقدُ؛ لأنَّه يعلم أنَّه لا يكتريها للزراعة، وإنْ كانَتْ مستقلَّةً يطمع في سَوْقِ الماء إليها ـ: لم يصحَّ؛ لأنَّهُ يكْتَرِيها، لتوهُّم الزراعة مع تعذُّرها.

ولو اكْتَرَىٰ أَرْضاً بجَنْبِ وادٍ أو النِّيل يعلُو عليْها الماءُ كُلَّ سنةٍ، ثم ينحسِرُ فيكفِي ذَلِكَ الماءُ لزراعةِ تلْكَ السنَةِ ـ نُظِر: إن اكتراها بَعْدَ انحسار الماءِ ـ: جاز، وإن اكتراها قبل أَنْ يَعْلُوَهَا الماءُ ـ: لا يجوزُ؛ لأنَّه لا يَدْرِي هلْ يعلُوهَا الماءُ أم لا؟ إلاَّ المَدَّ بالبصرةِ؛ فإنه يختلفُ؛ فيجوز إجارَةُ تلْكَ الأراضِي قَبْلَ المَدِّ؛ وكذلك أراضِي الجَبَلِ التي تشرَبُ بالمَطَرِ والثَّلج، وإن كان بعدما عَلاَهَا الماءُ، ولم يَنْحَسِرْ، ويُرْجَى انحسارُهُ وقْتَ الزراعة ـ: يجوزُ إجارتُهَا، إن كان الماءُ صافياً يُرَىٰ وجْه الأرض.

وإنْ كان كَدِراً لا يُرَىٰ وجه الأرض ـ: قيل: فيه قولان؛ كَشِرَاءِ الغائِبِ.

وقيل: يجوزُ قولاً واحداً؛ لأنَّ الماءَ الذي عليها مِنْ مَصْلحة الزراعةِ، وإنْ كانَتِ الأرضُ بجنب نهر: إن زاد المَاءُ غَرِقَتْ ـ: فلا يجوزُ إجارَتُها في وقتِ زيادةِ المَاءِ، وبَعْدَ النقصان ـ: يجوزُ، وإنْ كان الماءُ قائماً عليها: فإن كان لا يُرْجَىٰ انحسارُ الماءِ ـ: لا يجوز إجارَتُهَا، وكذلك: إن كان قد ينحسِرُ، ولا ينحسر؛ لأنَّ العَجْزَ يقينٌ، والقدرة موهومة.

ولو اكترىٰ أرْضاً كراءً صحيحاً، فغرقها سيلٌ أو ما نَبَعَ منها ـ نُظِرَ: إن كان لا يرجَىٰ انحساره مدَّة الإجارة ـ: ينفسخُ العقدُ في المدَّةِ الباقية؛ كما لو انهدمَتِ الدار، وإن كان يرجَىٰ انحسارُهُ فالمكتري بالخَيَارِ بَيْنَ أَنْ يفسَخَ الإجارَةَ أو يجيز؛ كما ذكرنا فيما لو غُصِبَتِ العَيْنُ المستأجَرَةُ: فإنْ أجاز سقطَ عنه مِنَ الأجرة بقَدْرِ ما كان المَاءُ قائماً عليها، وإن أجاز، ثم بَدَا لَهُ أَنْ يفْسَخَ: فإن كان بعد انحسارِ الماءِ ـ: لم يكُنْ له ذلكَ، وإن كان قبله ـ: فله ذلك؛ لأنَّه يتضرَّر به كُلَّ ساعة؛ كما لو اشترىٰ عبداً، فأَبَقَ قَبْلَ القَبْضِ، وأجاز، ثم بَدَا لَهُ أن يفسخ قبل عَوْدِهِ ـ: له ذلك.

ولو غَرَّقَ الماءُ نصْفَ الأَرْضِ بعد مضيِّ نصْفِ المدَّة ـ: انفسخ العقْدُ فيما غرقه الماء.

والمذهَبُ: أنه لا ينفسِخُ في الباقِي، وهل له الفسْخُ في النصْفِ الباقي فيما بَقِيَ من المدَّة؟

فإنْ أجاز، وكانت المدَّةُ لا تتفاوَتُ في الأجرةِ ـ: فعليه ثَلاَثَةُ أرباع المسمَّىٰ النِّصْفُ لما مضَىٰ مِنَ المدَّة، والربع للباقي[1]، وإن فَسَخَ ـ: فعليه نصْفُ المسمَّىٰ لما مضَىٰ من المدَّة.

---

(١) في ظ: لما بقي.

ولو زرع الأرضَ، فَمَرَّ بها سَيْلٌ أفْسَدَ زرعه، ولم يغرِّق الأرض ـ: لا يثبُتُ للمكتري فسْخُ العقد؛ لأنَّ الهلاك وَرَدَ على مَالِ العاقِدِ، لا على المعقودِ عَلَيْهِ، وكما لو أصَابَ الزرْعَ صاعقةٌ، فأحرقَتْهُ، أو بَرْدٌ فأفسده، أو أكَلَهُ الجرادُ، أو استأجر حانوتاً لِبَيْعِ البُرِّ، فاحترق البُرُّ ـ: لا خيار له في فَسْخِ العقد.

فَصْــلٌ

إذا اكترى أرْضاً مدَّةً للزراعة ـ لا يخلو؛ إما أن يعيِّن الزَّرْع أو لم يعيِّن: فإن عيَّن، فقال: لنزرعْ فيها الحنْطَةَ ـ: فله أن يزرَعَ فيها زرعاً ضَرَرُهُ مِثْلُ ضرَرِ الحنطةِ أو أقَلُّ، ولا يجوزُ أنْ يزرَعَ فيها ما ضَرَرُهُ أكثَرُ، ويجوز أن يزرَعَ فيها الشَّعِيرَ، ولا يجوزُ أن يزرَعَ فيها الذُّرَةَ؛ لأنَّ ضَرَرَهَا أكثَرُ؛ فإنَّ عروقَهَا تبقَىٰ في الأرضِ، وتذهَبُ بقوَّة الأرض.

ولو استأجَرَ؛ ليَزْرَعَ الشَّعير ـ: لم يَكُنْ له أنْ يَزْرَعَ الحِنْطَةَ ولا الذُّرة.

ولو اكترىٰ ليزرَعَ الذُّرَةَ ـ: يجوزُ أنْ يزرع الحِنْطَةَ والشَّعير؛ لأن ضررَهُمَا أقَلُّ.

وإنْ زَرَعَ شيئاً ضررُهُ أكثَرُ ـ: يجوزُ للآخرِ قلْعُهُ، وإن تعطَّل منفعةُ المكتَرِي، وعليه تَمَامُ المسمَّىٰ؛ لأنَّه هو الذي أبْطَلَ حقَّهُ، فلو لَمْ يعلَمِ الآجر، أو عَلِمَ ولم يقلَعْ حتَّىٰ حصَدَ المكتَرِي الزَّرْعَ ـ: ماذا يجبُ[1] عليه؟

نقل المزنيُّ: أنَّ رَبَّ الأرض بالخيارِ: إنْ شاء أخذ المُسَمَّىٰ مع أرْشِ النقصان الذي يزيد علَىٰ زراعةِ المَشْروط، وإن شاءَ تَرَكَ المسمَّىٰ، وأخذ كِرَاءَ المِثْلِ: اختلف أصحابنا فيه:

فمنهم مَنْ قال ـ وإليه ذهب المزني، ـ رحمه الله ـ وأبو إسحاقَ ـ: في المسألة قولان، وإنْ نقل المزنيُّ الخيارَ؛ بدليلِ أنه اختار الأوَّلَ منهما، وهو أولُ وجْهَي الخيارِ:

أحدُ القولَيْن: يأخذ المسمَّىٰ وأرشَ النقصانِ؛ لأنه استوفى المَنْفَعَةَ الَّتي استحقَّها مع زيادةٍ؛ كما لو اكترى[2] حماراً ليحملَ عليه عَشَرَةَ أقْفِزَةٍ، فحمل أحَدَ عَشَرَ قفيزاً ـ: يجبُ عليه المسمَّىٰ وكراءُ المثلِ للزيادةِ، وكما لو اكتَرَىٰ دابَّةً إلَىٰ موضعٍ، فجاوَزَهُ.

والقول الثاني: يأخُذُ كِرَاءَ المثل للجميع؛ [لأنه][3] تَعَدَّىٰ بالعدولِ عن المعْقُودِ عليه إلَىٰ غيره؛ كما لو اكتَرَىٰ أرْضاً بعينها، فزرع أرضاً أخرى.

---

(١) في د: لا يجب.
(٢) في د: لو اكترى عليه.
(٣) سقط في د.

ومن أصحابنا مَنْ قال: فيه قولان مِنْ وجه آخر:

أحدُهُمَا: يتخيَّر؛ كما نصَّ.

والثَّاني: يأخُذُ كِرَاءَ المِثْلِ للجميع.

ومنْهُمْ مَنْ قال: المَسْأَلَةُ عَلَىٰ قَوْلٍ واحدٍ: أنه يتخيَّر بيْنَ أَنْ يأخذ المسمَّىٰ وأرش النقصان وبَيْنَ أَنْ يأْخُذَ كِرَاءَ المِثْلِ للجميع؛ بخلافِ ما لو اكْتَرَىٰ دابَّةً؛ ليحمل عليها عَشَرَةَ أقْفِزَةٍ، فحمل أحَدَ عشَرَ، أوْ يركَبها إِلَىٰ موضِعٍ، فجاوزه؛ حيثُ قلنا: يأخُذُ المسمَّىٰ وكراءَ المثلِ للزيادة؛ لأن الزيادةَ هناكَ متميِّزة عن الأصلِ، وههنا: غير متميزة.

وجملتُهُ: أنَّ كلَّ موضعٍ وجد التعدِّي في جنْسِ ما اكْترىٰ ـ: فإنه يضمَنُ المسمَّىٰ وأرْشَ النقصانِ؛ مثلُ: إنِ اكْتَرَىٰ دابَّة؛ ليحملَ عليها عشَرَةَ أقفزةٍ، فحمل أكثر، أو اكترىٰ عُلْو بَيْتٍ ليصبَّ عليه ماءَهُ، فصبَّ أكثر فانتقض، أو اكْتَرَىٰ إلى موضِعٍ، فجاوزه، وإن عدل إِلَىٰ غيرِ الجنْسِ ـ: ففيه هذه الطُّرُقِ؛ كما في هذه المسألة، وكذلك: لو اكْتَرَىٰ داراً؛ ليسكنها، فأسكنها الحدَّادِينَ، أو اكْترىٰ دابَّةً، ليحمِلَ عليها قُطْناً، فحمل الحديدَ، أو لِيَخْرُجَ إِلَىٰ بَلدٍ، فخَرَجَ إلى بلدٍ آخَرَ طريقُهُ أوعَرُ.

وَلَوِ اكْتَرَىٰ أَرْضاً؛ ليزرَعَ فيها الْحِنطَةَ، ولا يزرع غيرها ـ: ففيه أوجه:

أحدُهـا: لا يصحُّ العَقْدُ؛ لأنَّه شرط خلاف قضية العقد؛ كما لو عَيَّن حنطةً، وقال: ازْرَعْ[1] هذه دُونَ غيرِها ـ: لا يصح.

وقيلَ: يصحُّ، ويلغو الشَّرْطُ.

وَقِيلَ: يَصِحُّ، ويَلْزَمُ الشَّرْطُ ـ: فَلاَ يجوزُ أَنْ يزرع غَيْرَ الحنطة.

ولو اكْتَرَىٰ أَرْضاً ليزرع فيها زَرْعاً معيَّناً مدَّةً يستحصد الزرع فيها، فانقضَتِ المدَّةُ والزَّرْعُ لم يبلُغْ أوانَ الحصادِ[2] ـ نُظِرَ: إنْ تَأَخَّر لآفةٍ سمَاوِيةٍ من حَرٍّ أو بَرْدٍ، أو أكَلَهُ الجَرَادُ، فنبتَتَ ثانياً ـ: لا يُجْبَرُ علَىٰ قَلْعِهِ، ويُتْرَكُ إِلَىٰ أَوَانِ الحَصَادِ بأَجْرِ المِثْلِ.

ولَوْ أَعَارَ المَالِكُ الأَرْضَ مِنْهُ مَجَّاناً ـ: جاز، وإن تأخَّر بتفريطٍ من جهتِهِ بأَنْ أَخَّرَ الزراعة إِلَىٰ وقْتٍ لا يدركُ، أو أَبْدَلَهُ بِمَا يَكُونُ إِدْرَاكُهُ أَبْعَدَ، أَوْ أَكَلَهُ الجَرَاد، فزرع ثانياً ـ: للمالكِ إِجْبَارُهُ على قَلْعِهِ، وعلى الزارعِ تسويةُ الأرْضِ؛ كالغاصب.

أَمَّا إذا أَجَرَهُ مُدَّةً؛ ليزرَعَ فيها زَرْعاً لا يستحصدُ في تِلْكَ المدة[3] ـ نُظِر: إنْ شَرَطَ

(١) في ظ: يزرع.

(٢) في د: القطع.

(٣) في د: السنة.

التبقيَةَ[١] إلى الحصادِ بَعْدَ مضيِّ المدَّة ـ: فالإجارَةُ فاسدةٌ؛ لجهالة المدَّة، ولمالكِ الأرْضِ منْعُهُ مِنَ الزراعة غَيْرَ أنَّه إذا بادَرَ وزَرَعَ ـ: لم يكُنْ للمالك قلعه؛ لأنه زَرَعَ بإذنه، بل يبقى إلىٰ أوانِ الحصاد بأجر المثلِ لجميعِ المدَّة.

ولو شرط قلعه عند مضيِّ المدَّة ـ: صحَّتِ الإجارةُ بالمسمَّىٰ، ويؤمر بقَلْعِهِ عند انْتهاءِ المدَّة، فإن تراضيا على تركِهِ بإجارةٍ[٢] أو إعارةٍ ـ: جاز، وإن أطلق العَقْدَ، ولم يشرِطْ قلعاً ولا تَرْكاً عند انتهاءِ المدَّة ـ: تصحُّ الإجارة بالمسمَّىٰ، وهل يجبَرُ عَلَىٰ قَلْعِهِ بعد مضيِّ المدَّة؟ فيه وجهان:

أحدُهُما ـ وهو قولُ أَبي إسْحَاق ـ: يُجْبَرُ[٣]؛ لأنَّه عقد إِلَىٰ مدَّة، [و][٤] قد انْقضَتْ، إلاَّ أن يتراضَيَا على تركه بإجارةٍ أو إعارةٍ.

والثاني: لا يجبَرُ؛ لأنَّه دَخَلَ فيه عَلَىٰ علم؛ فكأنه رَضِيَ بتركه بعد المدة؛ فعلَىٰ هذا: هَلْ له أَجْرُ المثل للزيادة؟ فيه وجهان:

أحدُهُمَا: له ذلكَ؛ لأنَّه لم يَرْضَ بزرعها مَجَّاناً.

والثاني: لَيْسَ له ذلك، لأنه لمَّا أَجَرَ مدَّة لا يستحصد فيها الزرعُ ـ: فكأنَّه أعار منْهُ الزيادَةَ عَلَىٰ المُدَّة.

ولو اكْتَرَىٰ أَرْضاً مدَّةً للزراعة مطلقاً ـ: يجوزُ، وله أَنْ يَزْرَعَ أَضَرَّ أنواع الزروع؛ كما لو قال: ازْرَعْ ما شئْتَ، ولكنْ يَجِبُ أنْ يزرع زَرْعاً يُدْرِكَ في تلك المدَّة، ثم إنْ تأخر لتفريط مِنْ جهتِهِ ـ: يقلع بعد مضيِّ المدَّة، وإن تأخَّرَ لا لتفريطٍ من جهتِهِ ـ: يبقَىٰ إِلَىٰ أوانِ الحصادِ بأجْرِ المثلِ؛ كما ذكرنا في الزرْعِ المعيَّن، وهلْ لصاحِبِ الأرضِ مَنْعُهُ مِنْ زراعة ما لا يُدْرِكُ في تلك المدَّة؟ فيه وجهان.

فإنْ زَرَعَ زَرْعاً لا يُدْرِكُ في تِلْكَ المدَّة ـ: لم يكُنْ له قَلْعُهُ قبل مضيِّ المدَّة؛ لأنَّ المدَّة مستَحَقَّةٌ له، أما بعْدَ مضيِّ المدَّة ـ: فله قلعُهُ؛ لأنَّه مفرِّطٌ بزَرْعِ ما لا يُدْرِكُ، بخلافِ ما لو سَمَّىٰ زرعاً لا يدركُ في تلْكَ المدَّة ـ: لم يقلع في وجْهٍ؛ لأنَّهُ رَضِيَ بزرعه.

ولو اكْتَرَىٰ أرضاً ليغرس فيها، أَوْ ليبنِيَ مدَّةً ـ: يجوزُ، ثم إِنْ شَرَطَ القَلْعَ بعْدَ مضيِّ المدَّةِ ـ: يؤمر بقلعه مجَّاناً؛ لأنَّ قضيَّةَ العَقْدِ أن تسلَّم العين إلى الآجِرِ فارغَةً، وإن لم يشرطِ

---

(١) في د: التنفيذ.

(٢) في د: أجرة.

(٣) في د: يجب.

(٤) سقط في د.

القَلع ـ: فلا يقلع بَعْدَ مضيِّ المدة مجاناً، لكن يتخيَّر مالكُ الأرْضِ بيْنَ أحدِ الأشياء الثلاثة:

إن شاء أقرَّها بالأجرة، وإنْ شاءَ تملَّكها بالقيمة، وإنْ شاءَ قلَعَهَا وضَمِنَ أرْشَ النقصانِ.

وإنْ كان علَى الأشجارِ ثَمَرَةٌ ـ: يغرَّم نقصانها.

وعند أبي حنيفة والمزنيِّ ـ رحمة الله عليهما ـ يقلع مجَّاناً، وإذا اختَارَ الآخَرُ أحَدَ هذه الأشياءِ ـ: أُجبِرَ المستأجِرُ عليه، وإن اكتراه بشَرْطِ التبقيةِ بَعْدَ المدَّة ـ: لا يصحُّ العقد؛ للجهالة، وعلى المُكْتَرِي كراءُ المِثْلِ في المدَّةِ، وبَعْدَ المدَّة: يتخَير بيْنَ الأشياءِ الثلاثة.

وقيلَ: يصحُّ العقد؛ لأنَّ إطْلاَقَ العَقْدِ يقتضيه؛ فلا يبطُلُ بالشَّرْط.

ولو اكْتَرَىٰ أَرْضاً للغراسِ كراءً فاسداً، وغرس ـ: فهو كالصحيح فِي أنَّه لا يَقْلَعُ مجاناً، ويتخيَّر المالِكُ بيْنَ الأشياءِ الثلاثة.

فلو قلَعَ المكتَرِي الغِرَاس، هل علَيْه تسويَةُ الأرضِ؟ ـ نُظِرَ:

إن اكتَرَىٰ بشَرْطِ القلعِ ـ: لا يجبُ؛ لأنَّ المالك رَضِيَ بالحَفْرِ، لما شرط القلع، وإن لم يَشْرِطْ: فإن قلع المكتري بَعْدَ المدَّة ـ: عليه تَسْوِيَةُ الأَرْضِ؛ لأنَّه قلع الْغِرَاس مِنْ أرضِ غيره بغَيْر إذنِه، ولا له عليها يَدٌ، وإنْ قَلَعَ في خلال المدَّة ـ: فوجهان:

أحدُهُما: يجبُ؛ لأنَّه قلع مِنْ غَيْر إذْنِ مالك الأَرْضِ؛ كما بعد المدَّة.

والثاني: لايجبُ؛ لأن له يداً على الأرضِ في خلال المدة؛ بخلافِ ما بعد المدَّة.

ولو اكتَرَىٰ أرضاً؛ ليزرع ما يشاء مدَّة ـ: يصحُّ؛ وله أن يزرع ما شَاءَ، قَلَّ ضَرَرُهُ أو كَثُر، ولكنْ لا يجوزُ أنْ يغرسَ، ولا أن يبني.

ولَو اكتراهُ؛ ليصنع ما يشاءُ ـ: فيه وجهان:

أحدُهُما: يصحُّ، وله أن يَزْرَعَ ويَغْرِسَ ويَبْنِيَ.

والثَّاني: لا يصحُّ؛ لكثرة الجهالة.

ولو اكترى لِلغِرَاسِ أو البناءِ ـ: له أن يَزْرَعَ؛ لأن ضَرَرَهُ أقلُّ.

ولو اكتَرَىٰ للغراسِ هَلْ له أن يبنِيَ، أَوْ للبناءِ هَلْ له أن يَغْرِسَ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يَجُوز؛ لأنَّ كُلَّ واحد للتأبيدِ.

والأصحُّ: أنه لا يجوزُ؛ لأنَّ ضررَهُمَا مختلفٌ: ضَرَرُ الغراسِ في باطنِ الأرضِ، وضَرَرُ البناءِ علَىٰ ظاهرها.

ولو قال: ٱزْرعها، أو ٱغْرِسْهَا ما شِئْتَ ـ: نَصَّ على أنَّ الكراءَ جائزٌ.

قال المزنيُّ ـ رحمه الله ـ: لا يجوزُ؛ لأنَّه لم يبيِّنْ، كَمْ يغرسُ وكم يزرَعُ؟

قلنا: صورَةُ مسألة الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ أنْ يَقُولَ: ٱزرَعْ إِنْ شئت، وٱغرس إن شئت، فوَّض إليه زرْعَ جميعها، أو غَرْسَ جميعها؛ فيصح.

ثمَّ إذا غرس، فَبَعْدَ مضيِّ المدَّة: يتخيَّر المالك بَيْنَ الأشياءِ الثلاثة.

أما إذا قال: ٱزرَعْ وٱغْرِس ـ: فيه وجهان:

أحدُهُما: يصحُّ، ويغرسُ النصْفَ، ويزرَعُ النصْف.

والثاني ـ وهُوَ الأصحُّ ـ: لا يصحُّ؛ لأنَّه لم يبيِّن، كم يغرسُ؟ وكَمْ يزرَعُ؟ حتَّىٰ قال الشيخُ القَفَّال: لو صرَّح، فقال: ٱزرَعِ النصْفَ، وٱغرِسِ النصْفَ ـ: لا يصحُّ أيضاً؛ لأنَّه لم يبيِّن أيَّ النصفين يُغْرَسُ؛ كما لو قال: بعتُكَ هذَيْن العبْدَيْن: أحدُهُما بألف، والآخَرُ: بخَمْسمائةٍ ولم يبيِّن ـ: لا يصحُّ.

ولو ٱكترىٰ أرضاً، فزرعها ـ: يجب على المكتري الكراءُ، أو عشر الزرع.

وعند أبي حنيفة: لا يجبُ على المكتري الكراءُ، أما العشر فعلى الآجِرِ.

قلنا: العشرُ حَقُّ الزرع، لقوله سبحانه وتَعَالىٰ: ﴿وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: ١٤١]، وزكاةُ المالِ: تكونُ علَىٰ مالِكِ المَالِ، لا علَىٰ غيره، والله أعلم.

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ[1]

رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ ـ رضي الله عنها ـ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ـ قال: «مَنْ أَعْمَرَ أَرْضاً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ ـ: فَهُوَ أَحَقُّ»[2].

وَرُوِيَ عَنْ جَابِرٍ، عَنْ رَسُولِ اللهِ ـ ﷺ ـ أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً: فَهِيَ لَهُ»[3].

بِلادُ المسلمين قِسْمَان:

---

(١) إحياء الموات: المَوَاتُ هو الأرض الخَرَابُ الدارسة تسمى: مَيْتَةً، ومَوَاتاً، وموتاناً، بفتح الميم والواو.
والمُوْتَان بضم وسكون الواو: الموت الذريع.
ورجل مَوْتان بفتح الميم وسكون الواو، يعني أعمى القلب. ينظر المغني لابن قدامة ٥/ ٤١٦.
وَالمَوَاتُ اصطلاحاً:
عرفه الشافعية بأنه: أرض لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد.
عرفه المالكية بأنه: الأرضُ الخالية عن الاختصاص.
عرفه الحنفية بأنه: أرض لم تملك في الإسلام، أو ملكت، ولم يعرف مالكها، وتعذّر زرعها بانقطاع الماء، أو غلبته أو نحوهما.
عَرَّفَهُ الحنابلة بأنه: الأرض الخَرَابُ الدَّارسة.
حاشية الباجوري ٢/ ٣٨.
حاشية الدسوقي ٤/ ٦٦.
الدرر ١/ ٤٣٠٦ المغني لابن قدامة ٦/ ١٤٧.

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ٢٣) كتاب الحرث والمزارعة باب من أحيا أرضاً مواتاً حديث (٢٣٣٥) وأحمد (٦/ ١٢٠) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٤٠٤ ـ بتحقيقنا) من حديث عائشة.

(٣) تقدم تخريجه.

عَامِرٌ، وَغَيْرُ عَامِرٍ:

أما العامرُ: فلأهلِهِ لا يَمْلِكُ عَلَيْهِمْ إلاَّ بإذنهم.

أَمَّا غَيْرُ العامر [فـ](١) قسْمَان:

قِسْمٌ عُرِفَ عليه ملكٌ من الإسْلام؛ فهو كالعامِرِ لأهْله؛ سواءٌ كان مالكه مسلماً أو ذمِّيًا، لأنَّه كانَ مِلْكاً بعد ما صارَ دَارَ الإسْلَام، [فهو كالعامر لأهله](٢).

وإن لم يَكُنْ له مالكٌ ظاهِرٌ ـ: فهُوَ مالٌ ضائعٌ يجعلُ لبَيْتِ المالِ يضعُهُ الإمامُ، حيثُ يشاء عَلَى النَّظَر، وكذلك البِيَعُ الَّتي للنصارَىٰ في دارِ الإسْلامِ، لا تُمْلَكُ عَلَيْهِمْ إلاَّ أن يتفانَوْا؛ فهو كما لو ماتَ ذِمِّيٌّ، ولا وارِثَ له، يكونُ مالُهُ فيئاً للمسلمين.

وقِسْمٌ هو مَوَاتٌ، لم يَجْرِ عليه مِلْكٌ لا في الإسلامِ ولا في الجاهلية؛ فمن أحياهَا مِنَ المُسْلمين ـ: فهي مِلْكٌ له، سواءٌ أَحْيَاها بإذْنِ الإمامِ، أو دُونَ إذنِهِ؛ لأنَّ إمام الأئمَّة وسَيِّدَ المُرْسَلِين ـ صلواتُ الله عَلَيْهِ ـ قَدْ أَذِنَ فيه؛ لقوله ـ ﷺ ـ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً ـ: فَهِيَ لَهُ»(٣)؛ فلا يحتاجُ إلىٰ إذْنِ إمامٍ بعده.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ لا يملكُ إلا بإذْنِ الإمامِ.

أَمَّا ما كان عامِراً في الجاهلية، ثم صار خَرَاباً ـ نُظِرَ: إنْ كانَ يُعْرَفُ له مالكٌ: فهو كالعمرانِ؛ لا يملكُ بالإحْيَاءِ، وإن كان عليه أثَرُ مِلْك الجاهليةِ، ولا يُعْرَفُ له مالكٌ؛ مِثْلُ: القَهَنْدَر ـ: فهلْ يملَكُ بالإحياء؟ اختلف أصحابُنَا فيه:

فمنهم مَنْ قال: قولان:

أَحَدُهُمَا: لاَ يُمْلَكُ؛ لأنَّ النَّبيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً ـ: فَهِيَ لَهُ»(٤)؛ وهذه لَيْسَتْ بمَيْتَة.

والثاني: تُمْلَكُ؛ لِمَا رُوِيَ أنَّ النبيَّ ـ ﷺ ـ قال: «عَادِيُّ الأَرْضِ لله وَرَسُولِهِ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنِّي»(٥)، وكالرِّكَازِ؛ يملكُه مَنْ يجده، مَعَ كونه مملوكاً لأهْلِ الجاهلية، وهذا أصحُّ(٦).

---

(١) سقط في د.

(٢) في ظـ: فإن.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه أبو يوسف في «كتاب الخراج» (ص ـ ٧٧) حدثني ليث عن طاوس قال: قال رسول الله ﷺ فذكره وأخرجه البيهقي (٦/ ١٤٣) كتاب إحياء الموات من طريق سفيان عن ابن طاوس عن النبي ﷺ قال: «من أحيا مَيْتاً من موتان الأرض فله رقبتها وعادى الأرض لله ولرسوله ثم لكم من بعدي».

وأخرجه أيضاً (٦/ ١٤٣) من طريق محمد بن فضيل عن ليث عن طاوس عن النبي ﷺ مرسلاً.

(٦) في أ: وهو الأصح.

ومِنْ أصحابِنَا مَنْ قال: إنْ كان مُتَقَادِمَ العِمَارة؛ لم يكُنْ عليه مِلْكٌ قَرِيبٌ في الجاهلية، بل درسَتْ عمارَتُهَا، وعَفَتْ آثَارُهَا ـ: تملكُ بالإحياءِ، وإن كان عامراً في جاهليَّة قريبة ـ، أو بَقِيَتْ آثَارُ العمارة عليها ـ: فلا تملَكُ بالإحياءِ، فإن لم نجوِّز إحياءَها ـ: كانَتْ للغانمين، إنْ قاتلوا عليها، وإنْ كانَتْ من أراضي الفَيْءِ ـ: فلأهْلِ الفَيْءِ، وكذلكَ: هل يجوزُ نَقْلُ الترابِ عَنْ مِثْلِ هذه الأرض؟ إنْ قلنا: تملكُ بالإحياءِ ـ: يجوزُ لكلِّ مَنْ بادَرَ إلَيْه أَخْذُهُ، وإنْ قلنا: لا تملكُ ـ: يحتاج إلَىٰ إذْنِ الإمامِ؛ كما يحتاج في تملُّكه بالإحياءِ إلىٰ إذنه.

ولو أَنَّ ذمِّيًّا أَحْيَا مواتاً في دارِ الإسْلام ـ: لا يملكه، وعند أبي حنيفة: [يملكه](١)، والحديثُ حُجَّةٌ عليه؛ لأنَّ النبيَّ ـ ﷺ ـ قال: «مَوَتَانُ الأَرْضِ لله وَرَسُولِهِ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنِّي أَيُّهَا المُسْلِمُونَ»(٢)؛ خَصَّ المسلمين به اهـ.

أمَّا إذا ٱحْتَطَبَ الذِّمِّيُّ في دارِ الإسْلام، أو ٱحْتَشَّ، أَوِ ٱصطاد ـ: لا يمنع منه.

ولو نقل التُّرَابَ مِنْ مواتِ دارِ الإسلامِ؛ فإن كان تبيَّن ضرَرُهُ على المسلمين ـ: مُنِعَ مِنْهُ؛ وإلا فلا يمنع.

ويجوزُ للإمامِ أن يُقْطِعَ مَوَاتَ الأرْضِ لِمَنْ يُحْيِيهِ، فيملكه.

رُوِيَ عَنْ علقَمَةَ بْنِ وائِلٍ، عَنْ أبِيهِ؛ أَنَّ النبيَّ ـ ﷺ ـ أَقْطَعَهُ أَرْضاً بِحَضْرَ مَوْتَ وَرُوِيَ عَنِ ٱبْنِ عُمَر؛ «أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ أَقْطَعَ الزُّبَيْرَ(٣) حُضْرَ فَرَسِهِ، فَأَجْرَىٰ فَرَسَهُ حَتَّىٰ قَامَ، ثُمَّ رَمَىٰ بِسَوْطِهِ، فَقَالَ: «أَعْطُوهُ مِنْ حَيْثُ بَلَغَ السَّوْطُ»(٤).

وإذا أَقْطَعَ إنساناً شيئاً لا يقطعه إلا ما يقدِرُ على إحيائه، حتى لا يدخُلُ الضَّرَرُ على المسلمين.

ومَنْ أحيا مواتاً ـ: ملَكَهُ وملَكَ حوالَيْه ما يحتاجُ إلَيْه ممَّا يصلُحُ به العامِرُ مِنَ الطريق ومَسِيل(٥) المَاءِ وغيرِ ذلك مِنَ المَرَافِق، حتَّىٰ لو أحيَا قريَةً ـ: يملكُ حوالَيْها ما يكُونُ مرافِقُهَا: مِنْ مَرْعَى البهائِم، ومَطْرَحِ الرَّمَادِ، وملقى السمادِ، ومَلْعَبِ الصبيان.

---

(١) سقط في د.

(٢) ينظر الحديث السابق.

(١) في أ: للزبير.

(٢) أخرجه أبو داود: ٣/ ١٧٧، في الخراج والفيء: باب في إقطاع الأرضين (٣٠٧٢)، وأخرجه أحمد، في المسند: ٢/ ١٥٦، والبيهقي في السنن ٦/ ١٤٤، في إحياء الموات: باب إقطاع الموات، قال المنذري: في إسناده عبد الله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب وفيه مقال وهو أخو عبيد الله بن عمر العمري.

(٥) في د: ومسلك.

وإذا[١] حَفَرَ بِئْراً في موات لِلْمِلْكِ ـ: فَلَهُ حَرِيمُهَا قَدْر ما يَقِفُ فيه المستقي، إن كَانت البئر للشرب، وإن كانت للسقي ـ: فقدر ما يمشي فيه الساقية، ويطرح فيه ما يخرج من البِئْرِ.

رُوِيَ عَنْ عَبْدِ الله بْنِ مُغَفَّل؛ أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ: «مَنِ ٱحْتَفَرَ بِئْراً ـ: فَلَهُ أَرْبَعُونَ ذِرَاعاً حَوْلَهَا لعطن مَاشِيته[٢]، وكذلك مَنْ حَفَر نهراً فله حريمُ النَّهْرِ، ومُلْقَى الطِّين، وما يَخْرُجُ منه، ومَنْ أخذ شيئاً مِنْ مرافقها، فأحياه ـ: لا يملكُهُ؛ وكذلك: كلُّ بلدٍ صُولِحَ الكُفَّار على المُقَامِ فيه: لا يُمْلَكُ مَوَاتٌ هو مِنْ مرافقه بالإِحْيَاء.

ومَنْ أحيا مواتاً بقُرْب قريةٍ عامرةٍ ـ: يملكُهَا إذا لم تكُنْ من مرافقها؛ لأنَّ النبيَّ ـ ﷺ ـ أَقْطَعَ الدُّورَ لِعَبْدِ الله بنْ مَسْعُودٍ، وَهِيَ بَيْنَ[٣] ظَهْرَانَيْ عِمَارَةِ الأَنْصَارِ مِنَ المَنَازِلِ والنَّخِيلِ»[٤].

قال أَبُو يُوسُفَ: يجبُ أن يبعد من القربة قَدْرَ صَيْحَة، ومَا دُونَهَا: لا يملك.

---

(١) في د: فإذا.

(٢) أخرجه ابن ماجة (٢/ ٨٣١) كتاب الرهون: باب حريم البئر حديث (٢٤٨٦) والدارمي (٢/ ٢٧٣) كتاب البيوع: باب في حريم البير، من طريق إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عبد الله بن المغفل عن النبي ﷺ مرفوعاً.
وهذا سند ضعيف لضعف إسماعيل بن مسلم المكي.
قال البوصيري في الزوائد: تركه يحيى القطان وابن مهدي وغيرهما قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٢٩١).
فحديث عبد الله بن مغفل: أخرجه ابن ماجه في «سننه» عن عبد الوهاب بن عطاء ثنا إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عبد الله بن مغفل أن النبي ﷺ، قال: «من حفر بئراً فله أربعون ذراعاً، عطناً لماشيته»، انتهى. وأخرجه أيضاً عن محمد بن عبد الله بن المثنى عن إسماعيل بن مسلم به، وذكره ابن الجوزي في «التحقيق» بالسند الأول فقط، وضعفه، فقال: وعبد الوهاب بن عطاء قال الرازي: كان يكذب، وقال العقيلي، والنسائي: متروك الحديث، انتهى. قال في «التنقيح» وهذا الذي فعله ابن الجوزي في هذا الحديث من أقبح الأشياء، لأن ابن ماجه أخرجه من رواية اثنين عن إسماعيل بن مسلم، فذكره، هو من رواية أحدهما، ثم إنه وهم فيه، فإن عبد الوهاب هذا هو الخفاف، وهو صدوق من رجال مسلم، والذي نقل فيه ابن الجوزي هو ابن الضحاك، وهو متأخر عن الخفاف، مع أن الخفاف لم ينفرد به عن إسماعيل، فقد أخرجه ابن ماجه أيضاً عن محمد بن عبد الله بن المثنى عن إسماعيل، ولكن يكفي في ضعف الحديث إسماعيل بن مسلم المكي، والله أعلم؛ قلت: صرح بنسبة الخفاف إسحاق بن راهويه في «مسنده» فقال: حدثنا عبد الوهاب بن عطاء الخفاف عن إسماعيل بن مسلم به؛ ومن طريق إسحاق رواه الطبراني في «معجمه»، وأما تضعيفه بإسماعيل بن مسلم فقد تابعه أشعث، كما أخرجه الطبراني في «معجمه» عن أشعث عن الحسن عن عبد الله بن مغفل عن النبي ﷺ، نحوه.

(٣) في د: من.

(٤) أخرجه الطبراني في «الكبير» رقم (١٠٥٣٤).

فَصْلٌ لا حِمَى إلا الله ورسوله

رُوِيَ عَنِ الصَّعْبِ بْنِ جَثَّامَةَ، عَنْ رَسُولِ اللهِ - ﷺ - قَالَ: «لاَ حِمَىٰ إلاَّ للهِ وَلِرَسُولِهِ»(١).

الحِمَى: هو أَنْ يَحْمِيَ بُقْعَةً مِنَ المَوَاتِ لمواشِيهِ يمنَعُ الناسَ مِنَ الرَّعْيِ فيها، كان ذلك جائزاً لِرَسُولِ الله - ﷺ - لِنفْسِهِ خاصَّةً؛ لكنه لم يفعَلْ، بَلْ حَمَى النَّقِيعَ لمصالِحِ المسلمينَ؛ لإبِلِ الصَّدَقة، ونَعَمِ الجزيَةِ، والخَيْلِ المُعَدَّةِ في سبيلِ الله.

وهو بَلَدٌ لَيْسَ بالواسِعِ وما كان يضيقُ به الأَمْرُ على المُسْلمين، ومَا مِنْ مُسْلِمٍ إلاَّ دَخَل عليه مِنْهُ(٢) خَصْلَةُ صلاحٍ.

أمَّا غيرُ النبيِّ - ﷺ - مِنَ الأئمَّة، لا يجوزُ [له](٣) الحمى لنَفْسِهِ، وهلْ يَجُوزُ لمصالِحِ المسلمينَ: مِنْ إبِلِ الصدقةِ، ونَعَمِ الجزيةِ، وخَيْلِ الجهادِ والضَّوَالِّ؟ فيها قولان:

أحدهما: لا يَجُوزُ، لِقَوْلِ النبيِّ - ﷺ -: «لاَ حِمَىٰ إلاَّ للهِ وَلِرَسُولِهِ».

وكما لا يجوزُ ذلك لآحادِ الناسِ؛ فعلَىٰ هذا: إذا(٤) فَعَلَ -: فهو عَلَىٰ أَصْلِ الإباحةِ من إحياءِ مِلْكِهِ.

والثاني: يَجُوزُ، وهو الأصحُّ(٥)؛ لما رُوِيَ عَنْ زيد بْـنِ أَسْلَمَ عَنْ أبِيهِ؛ أَنَّ عُمَرَ اسْتعمل مَوْلَى لَهُ يُقَالُ لَهُ: «هُنيٌّ» عَلَى الحِمَىٰ، فقال له: يَا هُنَيُّ، اضْمُمْ جَنَاحَكَ لِلْمُسْلِمِينَ، وَاتَّقِ دَعْوَةَ المَظْلُوم، فَإِنَّ دَعْوَةَ المَظْلُوم مُجَابَةٌ، وَأَدْخِلْ رَبَّ الصُّرَيْمَةِ وَرَبَّ الغُنَيْمَةِ، وَإِيَّاكَ وَنَعَمَ ابْنِ عَوْفٍ وَابْنِ عَفَّانَ؛ فَإِنَّهُمَا إنْ تَهْلِكْ مَاشِيَتُهُمَا يَرْجِعَا إلَىٰ زَرْعٍ وَنَخْلٍ؛ وإِنَّ رَبَّ الصُّرَيْمَةِ وَالغُنَيْمَةِ: إنْ تَهْلِكْ مَاشِيَتُهُ يأْتنِي بِعِيَالِهِ، فَيَقُولُ: يَا أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ، [يا أمير المُؤْمِنِينَ](٦)، أَفَتَارِكُهُمْ أَنَا! لاَ أَبَا لَكَ؟! فَالمَاءُ وَالكَلأُ أَيْسَرُ عَلَيَّ مِنَ الذَّهَبِ وَالوَرِقِ، وَايْمُ الله، إنَّهُمْ لَيَرُونَ أَنْ قَدْ ظَلَمْتُهُمْ إنَّهَا لِبِلاَدِهِمْ، قَاتَلُوا عَلَيْهَا فِي الجَاهِلِيَةِ وَأَسْلَمُوا عَلَيْهَا فِي الإسْلاَم، وَايْمُ الله، لَوْلاَ المَالُ الَّذِي أَحْمِلُ عَلَيْهِ فِي سَبِيلِ الله، مَا حَمَيْتُ عَلَى المُسْلِمِينَ مِنْ بِلاَدِهِمْ شِبْراً»(٧).

وإذا جوَّزنا -: فلا يَجُوزُ أَنْ يَحْمِيَ إلاَّ أَقَلَّها؛ بحيث لا يَبِينُ ضَرَرُهُ على الذين حمى عليهم، ونَهْيُ النبيِّ - ﷺ - يتناولُ الحمَىٰ لنَفْسِهِ، وعلَىٰ ما كان يفعَلُهُ العزيزُ من العَرَبِ: كان

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في د: فيه.

(٣) سقط في د.

(٤) في د: لو.

(٥) في ظـ: وهذا أصح.

(٦) سقط في د.

(٧) أخرجه البخاري (٦/ ٢٠٣) كتاب الجهاد والسير باب إذا أسلم قوم في دار الحرب ولهم مال وأرضون فهي لهم حديث (٣٠٥٨).

إذا أنْتَجَعَ بلداً مُخْصِباً ـ: اْسْتَعْوَى كَلْباً عَلَىٰ جَبَلٍ، أو نَشَزَ[١] وَقَفَ له مَنْ يَسْمَعُ صوتَهُ؛ فإلىٰ حيث أنتهَىٰ صوتُهُ ـ: حماه لنَفْسِهِ مِنْ كُلِّ ناحيةٍ؛ يمنع العامَّةَ عنه ويرعَىٰ مع العامَّة فيما سواه.

وكُلُّ حِمًى يضيقُ به المرعَىٰ على الناس ـ: لا يجوزُ بلا خلاف، ثم ما حماه رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ يبقَىٰ عَلَىٰ حالتِهِ؛ لا يجوز نقضُهُ إلى قيامِ الساعة.

أمَّا ما حماه غَيْرُهُ من الأئمَّة، وجَوَّزنا ـ: هل يجوزُ له أو لغَيْرِهِ من الأئمَّة نقْضُهُ وعمارَتُهُ وإقطَاعُهُ؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يجوزُ؛ كما حماه النبيُّ ـ ﷺ ـ وكالوَقْفِ: لا يجوز تغيـيره.

والثاني: يجوزُ؛ بخلاف ما لو حماه النبيُّ ـ ﷺ ـ فإنَّه كان مَقْطُوعاً بصلاحِهِ دُونَ حمى غيرِهِ.

فإنْ جوَّزنا: فلو أحْيَاه واحدٌ من العَوَامِّ بِغَيْرِ إذْنِ إمامٍ ـ: هل يملكه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يملكُ؛ لقولِهِ ـ عليه السلام ـ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً ـ: فَهِيَ لَهُ».

والثاني: لا يملكُ، وهو الأصحُّ، وتنقض عمارته؛ لأنَّه تقدَّم حُكْمٌ من الإمامِ؛ فلا ينقض عليه.

وقيل فيما حَمَاهُ النبيُّ ـ ﷺ ـ إن كان المعنَى الَّذِي حَمَاهُ لَهُ باقياً ـ: لا يجوزُ تغيـيرُهُ؛ لأنَّه مقطوعٌ بصلاحِهِ، وإن زال ذَلِكَ المعنى ـ: فيه وجهان:

أحدهما: لا يُغَيَّر؛ كالمسْجِدِ، إذا انجلى أهلُ المَحَلَّة: لا يغيَّر.

والثاني: يجوزُ تغيـيرُهُ؛ لزوالِ المعنَىٰ؛ فعلى هذا: مَنْ أحياه مَلَكَهُ.

فصل فيما يكون إحياء الموات

يختلف بِاْختلافِ مقصودِ المُحْيَـى مِنَ الأَرْضِ؛ لأنَّه لا بيان له في الحديث، فكان المَرْجِعُ فيه إلَى العادةِ، كالقَبُوضِ والأَحْرَازِ، فإذا أرادَ داراً ـ فلا يملك حتَّىٰ يبنَى حوالَيْهِ جداراً مِنْ طِينٍ أو لَبِنٍ أو مِنْ قَصَبٍ وخَشَبٍ، إن كانَتْ عادَتُهُمْ ذلك، ويسقف بحيث يصلُحُ للسُّكْنَىٰ[٢]، والسكنَىٰ لَيْسَ بشَرْط؛ فإن بنى حواليه، ولم يسقف ـ: فهو كالتحجُّر[٣].

(١) النَّشْزُ: ما ارتفع وظهر من الأرض.
والجمع: نُشُوزٌ، وَنِشَازٌ.
ينظر المعجم الوسيط ٢/ ٩٢٢.

(٢) في ظـ: ليسكن.

(٣) المُتَحَجِّرُ: هو الذي يشرع في الإحياء ويبتدىء، مأخوذ من الحَجْرِ؛ وهو المنع. النظم المستعذب ٢/ ٦٢.

وإن أراد بُسْتاناً ـ: فيبنى حوالَيْه جداراً، ويشقُّ الأنهارَ، ويَغرِسُ الأشجار، ويسوق إليه المَاءَ مِنْ نَهر أو بئر.

وإنْ أراد الزراعَةَ ـ: فيجمع التراب حوالَيْهَا، ويحرث ويسوقُ المَاءَ إلَيْها، وهل يشترط الزراعَةَ؟ فيه وجهان:

أَصَحُّهما: يُشْتَرَطُ؛ كالغَرْسِ في البُسْتَانِ.

والثَّاني: لا يشتَرَطُ؛ لأنَّه ليس للتأبِيدِ؛ كما لا يشترَطُ أنْ يسكن الدار.

ولو أراد إحياءَ أرْضٍ للزراعة علَىٰ قُلَّة جبلٍ:

قال الشيخُ [القَفَّال][1]: لا يملكُ؛ لأنَّه لا يمكنُ سَوْقُ الماءِ إليها.

وقيل: يملكُ، إذا حرثها ولَيَّنها؛ لأنَّ ما يلقى فيها ينبت.

وإنْ أراد حظيرَةً للدوابِّ أو للشوكِ والحَطَبِ ـ: فيبنى حوالَيْه جداراً من طينٍ أو خشبٍ. أو قَصَبٍ أو حَجَرٍ، وينصب علَيْه بَاباً، وإيواءُ الدَّوَابِّ إليه لَيْسَ بشَرْطٍ؛ كسُكْنَى الدار.

وإنْ أراد حَفْرَ بِئْرٍ ـ: فإحياؤُهَا أَنْ يَحْفِرَ إلى أنْ يصلَ إلَى المَاءِ، فإنْ وصَلَ إلى الماءِ ـ: تمَّ الإحياءُ، إن كانت الأرْضُ صلبةً، وإن كانَتْ رِخْوَةً، فلم يَتِمَّ حتَّىٰ تطوى، وقبل الوصول إلى المَاءِ ـ: تَتَحَجَّر[2].

وإذا حَفَرَ قناةً في مواتٍ، فخرج المَاءُ، وجَرَىٰ ـ: مَلَكَهَا؛ كالبِئْرِ إذا خرج ماؤها.

ولو حفر واحدٌ أو جماعةٌ نهراً في مَوَاتٍ للتملك[3]؛ لِيُجْرُوا فيها الماءَ إلى أملاكهم مِنْ بَحْرٍ أو نهرٍ مباحٍ ـ: فمتَىٰ وصلت فُوَّهَةُ[4] النهرِ الحديثِ بالنَّهْرِ العَظِيم، وجرى المَاءُ فيه ـ: فقد تمَّ الإحياءُ، وتملَّكُوا النَّهْر.

وإذا أحيا أَرْضاً ـ: مَلَكَهَا ومرافِقَهَا، ومَلَكَ ما فيها مِنَ المعادن؛ كَالْبِلَّوْرِ والفَيْروزج والحَدِيدِ، وما كان مِنْ أجزاء الأَرْضِ، وهل يملكُ المَاءَ الذي فيها؟ فيه وجهان:

ويملكُ الكَلأَ وما يَنْبُتُ فيها مِنَ الأشجار.

وقال أبُو القاسم الصَّيْمَرِيُّ البَصْرِيُّ: لا يملكُ الكلأ؛ كما لا يملك فرخ طائر أفْرَخَ فيها، وليس بصحيح، لأنَّ الكلأ من نماءِ الأرضِ، فيملكه؛ كمن ملك شاةً يملك شَعْرَهَا.

---

(١) سقط في د.

(٢) في أ: متحجز.

(٣) في أ: للملك.

(٤) الفُوَّهَةُ من كل شيء: فمه وأوله. والجمع: فُوَّهات. المعجم الوسيط ٢/٧٠٧.

ولو تَحَجَّر مَوَاتاً، وهو: أن يشرع في إحيائه، أو أَعْلَمَ عليه علامة ولم يتمّم، أو أقطعه السلطانَ ـ: كان أَحَقَّ به مِنْ غيره.

وإذا مات ـ: كان وارثُهُ أَحَقَّ به، حتى لو ٱستولَىٰ عليه غيْرُهُ ـ: له أن يَسْتَرِدَّهُ.

والصحيحُ من المذْهَب: أنه لا يملكُ بالتحجُّر ولإقطاعِ ما لم يُحْيِهَا.

ولو باعها قبل الإحياءِ. المذهَبُ: أنه لا يَصِحُّ؛ لأنه لم يملكْهَا.

وقال أبو إسحاق: إذا باعه يصحُّ بيعه؛ لأنَّه أحقُّ به، وليس بقويٍّ؛ لأنه لم يملكْهُ؛ إنَّما له حَقُّ التَّمَلُّك؛ كالشفيع: إذا بَاعَ الشِّقْصَ قبل الأخْذِ ـ: لا يصحُّ، فلو بادَرَ غَيْر المتحجِّر، وبنى فيهَا، وفَعَلَ ما يكُونُ إحياءً ـ: هل يملكُه؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: يملك؛ لأنه خفق سبب الْمِلْك.

وقيل: لا يملكُ، وللأوَّل أن يستَرِدَّهُ.

هذا كما لو أفْرَخَ طائرٌ على شجرة في ملك إنسانٍ ـ: كان صاحبُ الشجر، أولَىٰ بذلك الفرخ، ولَيْسَ لغيره دخُولُ ملكه وأَخْذُهُ؛ فإنْ ملك الفرخ جناحه، وطار: فكلُّ مَنْ أخذه ـ: فهو ملكه.

ولو دخل رجلٌ بستانَهُ، وأخَذَهُ ـ: هل يملكه؟ فيه وجهان؛ أصحُّهما: يملكه.

وإن تحجَّر موضعاً، أو أقطعه السُّلْطَان، فَطَالَتِ المدَّة،ولمن يُحْيِهِ ـ: قال له السلطان: إمَّا أن تُحْيِيَهُ، وإمَّا أن ترفع يَدَكَ عنه، فتخلِّي بينه وبين مَنْ يحيـيه؛ لأنَّ فيه تَضْيِيقاً على الناسِ؛ فإن استمهله ـ: أمهله مدَّةً قريبةً، فإن ٱنْقَضَتِ المدَّة، ولم يُحْيِهِ، فبادر غيره، فأحياهِ ـ: ملَكَهُ؛ لأنَّهُ ارتفع حَقُّ الأوَّل بعد ٱنقضاء المدَّة.

أمَّا مَوَاتُ دَارِ الحَرْبِ: يملكه الكافرُ بالإحياءِ، ولو أحياه مُسْلِمٌ ـ: هل يملكه أم لا؟ نُظِرَ: إن كان الكفَّار لا يمنعوننا عَنْهُ: يملكه؛ كموات دار الإسلام.

وإذا ٱستولَى المُسْلِمُونَ على بلادِهِمْ ـ: لا يملكونَهُ، وإنْ كانوا يمنعونَنَا عنه ـ: فلا يملكُ مَنْ أحْيَاهُ، بل هو كالعامِرِ مِنْ دورهم، فإذا اسْتَوْلَى المسلمون عليه قهراً ـ: كان ذلك كالتحجُّر في حَقِّ الغانمين، فهم أَحَقُّ بإحياء أربعةِ أخماسها، وأَهْلُ الخُمْسِ بإحياء خمسها؛ فإنْ ترك الغانمون إحياءَهَا ـ: كَان أهل الخمس أَحَقَّ بها؛ لأنَّهم شركاءُ في الغنيمة.

وإن ترك بَعْض الغانمين حقوقَهُمْ مِنَ الغنيمة: كان الحَقُّ للباقين، فإن ترك الغانمون وأَهْلُ الخمس حقوقَهُمْ ـ: فكلُّ مَنْ أحياها من المسلمين مَلَكَهَا، وإن صار فَيْئاً ـ: فالإمام أَحَقُّ بإحيائها لأهل الفيْء؛ وإن لم يعرفْ سببه ـ: يضعه الإمام فيمَنْ يشاء مِنَ المسلمين على النظرِ لهم، والله أعلم.

بَابُ مَا يَجُوزُ أَنْ يُقْطَعَ وَمَا لاَ يَجُوزُ

رُوِيَ أَنَّ أَبْيَضَ بْنَ حَمَّالٍ الْمَأْرِبِيَّ سَأَلَ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ أَنْ يُقْطِعَهُ مِلْحَ مَأْرِبَ، فَأَرَادَ أَنْ يُقْطِعَهُ، فَقِيلَ لَهُ: «إِنَّهُ كَالْمَاءِ الْعِدِّ! قَالَ: فَلاَ إِذَنْ»[١].

المَعَادِنُ قِسْمَانِ: ظاهرةٌ، وباطنةٌ.

أَمَّا الظَّاهِرةُ؛ مثلُ معدنِ المِلْحِ، والنِّفْطِ والقير، والكِبْرِيت، والمُومِيَاءِ، والْبِرَامِ[٣]، والحِجَارَةِ الظَّاهرة للرَّحَىٰ وغيرِهِ، إذا كانَتْ في مواتٍ ـ: فالناسُ فيها شرع سواءً؛ لا يملكُهَا أحدٌ بالإحْيَاءِ، ولا ينفردُ بها.

ولا يجوزُ للسُّلْطَان أن يُقْطِعَها؛ كالماء والكَلإِ، والحَطَب؛ لأنَّه تَوصَّلَ إِلَيْهَا مِنْ غير مؤنة وتَعَبٍ.

فإذا تسارَعَ إِلَيْه رجُلاَنِ ـ نُظِرَ: إن كان المعدِنُ يسعُهُمَا ـ: أَخَذَا ما فيه، وإن كان لا يسعُهُمَا ـ: فَمَنْ سبق فهو أولىٰ بما فيه؛ لما روي أن النبيَّ ـ ﷺ ـ أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ سَبَقَ إِلَىٰ مَا لَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ـ: فَهُوَ لَهُ»، فإذا أخذ حاجَتَهُ، وقام ـ: ليْسَ له منْعُ الثاني، وإن جاءا معاً ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: يُقْرَعُ بينهما.

والثاني: يُقَدِّمُ الإمام أَيَّهما شاء.

وفيـه وجْهٌ آخر: أَنَّ الإِمَامَ يأمُرُ مَنْ يُقْسِمُ بينهما.

فإذا قدَّمنا أحدَهُما، فأخذ حاجتَهُ، فلم يَقُمْ، وأراد أن يأخذ أكْثَرَ، ويبعث للتجارة ـ: ففيه وجهان:

الأَصحُّ: أَنَّهُ يُزْعَجُ إذا طال المقام؛ كالمستَقْطع والمُتَحجِّر، إذا طال الحَبْسُ، ولم يُعْمِرِ ـ: يمنعُ منه.

ولو ظهر شيءٌ من هذه المعادِنِ في ملكه ـ: فهل يملكه؟:

منْ أصحابنا مَنْ قال: فيه وجهانِ؛ كالماء:

قال الشيخ ـ رَحِمَهُ الله ـ: والصحيح: أنه يملكه؛ لأنَّه يحصُلُ من ملكه لا بِمَدَدٍ من موضعِ آخَرَ؛ بخلاف الماءِ؛ فإن مدده من موضِعِ آخَرَ، حتَّىٰ لو أخذ غيْرُهُ شيئاً [منه][٤] ـ: فله

(١) تقدم تخريجه في الزكاة.

(٢) المومياء: دواء للجراحات، وتجبير المفاصل، يخرج من الحجارة. النظم المستعذب ٢/ ٦٦.

(٣) البِرَام: قِدْرٌ من الحجارة ج: بُرْمٌ. ترتيب القاموس ١/ ٢٦١.

(٤) أخرجه أبو داود (٣/ ١٧٧) كتاب الخراج: باب في إقطاع الأرضين حديث (٣٠٧١) والطبراني في «الكبير» =

أن يستردَّهُ؛ وكذلك: الحشيشُ الذي نبت في مِلْكِه؛ بخلاف فَرْخ الطائِرِ: يملكه مَنْ يأخذُهُ؛ لأنَّه لم يتولَّد في ملكه، قال ـ رحمه الله ـ: فإنْ كان المِلْحُ ينعقدُ من ماءٍ يَنْبُعُ منه، لا مِنْ ترابه ـ: فكالماء.

أما المعادِنُ الباطِنَةُ؛ مِثْلُ: مَعْدِنِ الذهبِ [والفضة][2] والياقوتِ، والفَيْروزَج، وَالرَّصَاصِ، والحَدِيد، والنُّحَاسِ، والكُحْل، والجِصِّ، ونَحْوِها ممَّا لا يُوصَلُ إِلَىٰ منفعتِهِ إلا بالمداوَمَةِ على العمل ـ: هل يُمْلَكُ بالإحياء فيه قولان:

أحدُهُمَا: يُمْلَكُ؛ كما يُمْلَكُ المَوَاتُ بالإحْيَاءِ؛ فعلى هذا: إذا حَفَرَ، وَوَصَلَ إلى النيلِ[3] ـ: ملكه، وقبل الوصولِ إلى النيلِ: يكونُ كالمتحجر، وإذا وصل إلى النيل، ثم عطله، ـ: ليس لأحَدٍ أن يملكَهُ عليه إلاّ بإذْنِهِ؛ كالموات يُحْيِيه، ثُمَّ يعطِّله.

وإذا وصل إلى النيل، وملَكَهُ ـ: يملكُ جميع مرافقِهِ، فإنْ تباعَدَ إِنْسَانٌ عَنْ حَرِيمه، وحفر مَعْدِناً، ووصَلَ إلى العُرُوق ـ: لم يُمْنَعْ منه؛ لأنَّه لَيْسَ مِنْ مرافقه، وعَلَىٰ هذا القولِ: يجوزُ للسُّلْطَان إقطاعُ هذه المعادِنِ.

والقولُ الثَّانِي: لا يملَكُ بالإحياءِ؛ بِخِلَافِ الأَرْضِ؛ لأنَّها إِذَا أُحْيِيتْ ـ: ثَبَتَ إِحْيَاؤها؛ فلا تحتاجُ بعْدَهُ إِلَىٰ عَمَلِ الإحْياءِ، والمَعْدِنُ يحتاج إلى مداومَةِ العَمَلِ حتَّىٰ يصلَ إلى المنفعة؛ فتحتاجُ كُلَّ يوم إلى إحياءٍ جديدٍ؛ لأنَّ النَّيْل متفرِّق في طبقات المَعْدِنِ؛ فهو كالمَعْدِنِ الظاهِرِ: يَحْتَاجُ كُلَّ يومٍ إِلَى أَخْذِ النَّيْلِ؛ فعلى هذا: لو بَادَرَ إِلَيْه رجُلٌ: فما دَامَ يعمل فيه ـ: له منعُ الغَيْر.

وإن كان المعدِنُ يَسَعُ الكُلَّ: فإذا تركه ـ: ليس له منْعُ الغير؛ كالبئْرِ يَحْفِرُهَا في الباديةِ لِلارتفاقِ ـ: كان أولَىٰ بها، وإذا تركها ـ: لم يكنْ له منع الغَيْر عنها.

وعلَىٰ هذا: إذا طال مقامُهُ ـ: هَلْ يزعَجُ؟ قيل: فيه وجهان؛ كما قلْنا في المعادنِ الظاهرةِ.

= (١/ ٢٥٥) رقم (٨١٤) والبيهقي (٦/ ١٤٢) كتاب إحياء الموات: باب من أحيا أرضاً ميتة، من طريق عبد الحميد بن عبد الواحد حدثتني أم جنوب بنت نحيلة عن أمها سويدة بنت جابر عن أمها عقيلة بنت أسمر بن مضرس بن عن أبيها أسمر بـن مضرس مرفوعاً.

وصححه ابن السكن كما في «خلاصة البدر المنير» (٢/ ١٠٩) والضياء المقدس في المختارة كما في «تلخيص الحبير»(٣/ ٦٣).

وذكره الحافظ في «الإصابة» في ترجمة أسمر بن مضرس وقال: وأخرج حديثه أبو داود بإسناد حسن.

(١) سقط في د.

(٢) سقط من أ.

(٣) هو ما يتناول منه باليد، ويقال: نال ينال نَيْلاً: إذا أصاب خيراً. النظم المستعذب ب ٢/ ٦٦.

وقيلَ: لا يزعَجُ مَا لَمْ يعطِّله[١] بأجتيازه؛ لأنَّه لا يصلُ إلى النَّيل إلا بمشقَّةٍ؛ فكان مقدَّماً علَىٰ مَنْ جاءَ بَعْدَهُ؛ بخلافِ المعادِنِ الظاهرةِ، ولأنَّ في الظاهر: يمكنُهُ أَخْذُ حَاجَتِهِ دُفعةً واحدةً؛ فلا يحتاجُ إلَىٰ طُولِ المُكْث؛ بخلافِ الباطِنِ.

وإذا بادر إلَيْه رَجُلَان: فإن وَسِعَهُمَا ـ: أخذا معاً، وإنْ ضَاقَ المكانُ ـ: فيه وجهان:

أحدهما: يُقْرَعُ بينهما.

والثَّاني: يقدِّم السلطانُ أيَّهما يشاء.

وقيلَ: يقسمُ بينهما؛ وعلَىٰ هذا القَوْلِ: هل يجوزُ للسُّلْطان إقطاعُ هذه المعادنِ؟ فيه قولانِ:

أحدُهُما: لا يَجُوزُ؛ كما لا يملكُ بالإحياءِ.

والثاني: وهو الأصح ـ: يجوزُ؛ لأنَّ النبيَّ ـ ﷺ ـ أرَادَ إِقْطَاعَ مِلْحَ مَأْرِب، وإنَّما تَرَكَهُ حِينَ أُخْبِرَ أنَّهُ كَالمَاءِ العِدِّ؛ [فدلَّ][٢] أن ما كان باطناً ـ: يجوزُ إقطاعه، وقد[٣] يجوزُ إقطاعُ ما لا يُمْلَكُ بالإحياء؛ كَمَقَاعِدِ الأسواقِ، ويجوزُ للرجُلِ أن يعمل فيه مِنْ غَيْر إذْنٍ، ولا إقطاعٍ مِنَ الإمَامِ؛ لأنَّه إمَّا أن يكونَ كالأرضِ أَوْ كالمعدِنِ الظاهِرِ، ويجوز العَمَلُ، في كُلِّ واحدٍ منهما من غَيْرِ إقطاعٍ، ولَيْسَ لأحَدٍ أن يتحجَّر هذه المعادِنَ وفي المواضِعِ الَّتي يعمَلُ فيه، ولا أن يتحجَّر مكاناً واسعاً.

ولو عمل في معدِنٍ، فجاء آخَرُ، وأخرج مِنْهُ النَّيلَ قبل تَرْكِهِ: إن قلنا: مَلَكَهُ الأوَّلُ ـ: له أن يستردَّهُ؛ وإلاَّ فوجهان؛ كفَرْخِ الطائر.

ولو كان بقُرْبِ الساحل بقعةٌ لو حفرت ودخلها الماءُ ـ ظهر فيها المِلْحُ ـ: جاز للسلطان إقْطَاعُهَا.

ولو حَفَرَهَا رَجُلٌ، وجَمَعَ فِيهَا المَاءَ، وظهر المِلْحُ ـ يملكُهَا؛ كالأَرْضِ يُحْيِيهَا؛ لأنَّه يوصلُ إليه المؤنة والعَمَل.

ولو وجدَتْ قِطْعَةُ ذَهَبٍ عَلَىٰ إثْرِ سَيْلٍ قَطَعَهَا من الجبلِ ـ: فحكْمُهَا حُكْمُ المعادِنِ الظاهرة؛ لأنَّه حصل مِنْ غَيْر عَمَلِ أَحَدٍ؛ فمن أخذها فهي له.

ولو عَمِلَ في معدِنٍ من المعادِنِ الباطنة في الجاهليَّة ـ: فهل يجوز للسُّلطان إقطاعُهُ؟ فيه ثلاثةُ أقوال:

---

(١) في د: يقطعه.

(٢) سقط في د.

(٣) في د: وهل.

أحدها: يجوزُ؛ لأنَّ للسُّلْطَانِ إِقْطاعَهُ، ويُمْلَكُ بالإِحْيَاءِ.

والثاني: يجوزُ إقطاعُهُ، ولا يُمْلَكُ بالإحياء؛ فإن سبَقَ إِلَيْه رجُلاَنِ، وضاق عَنْهُما ـ: يقرَعُ بينهما أو يُقَدِّمُ الإمامُ أحدهما.

والثالث: لا يَجُوزُ إقطاعه، ولا يُمْلَكُ بالإحياءِ؛ كالمَاءِ العِدِّ[1].

وأَصْلُ هذا: أنَّ هذه المعادِنَ هَلْ تُمْلَكُ بالإحياء؟ إنْ قلنا: تُمْلَكُ بالإحياءِ ـ: فهو مِلْكٌ للغانمِينَ؛ كالأراضِي الَّتي أحياها أَهْلُ الحَرْبِ؛ ثم اسْتَوْلَىٰ عليها المسلِمُونَ، وإن قلنا: لا تُمْلَكُ بالإحياءِ ـ: فحينئذٍ: فيه قولان:

أحدُهُمَا: للسُّلْطانِ إقطاعُهُ.

والثاني: كالمَاءِ الْعِدِّ.

وإذَا كان في مِلْكِ رَجُلٍ مَعْدِنٌ باطنٌ، فجاء رجلٌ، واسْتخرَجَ منه النَّيْلَ بغيرِ إِذْنِ مالِكِهِ ـ: يجبُ عليه رَدُّهُ، ولا أُجْرَةَ له؛ لأنه أتلف منفعة نفسِهِ.

ولو قال له المالِكُ: اعْمَلْ فيه، فما اسْتخرجتَهُ فهو لَكَ ـ: فهو هِبَةٌ مجهولةٌ، وما اسْتخرجَهُ يكونُ لمالِكِ الأرض، وهَلْ يكُونُ مَضْمُوناً على العامِلِ؟ فعلى قولَيْن؛ كالمقبوضِ بحُكْمِ الهبةِ الفاسدةِ، وهل يستحقُّ أجر المثل؟ فيه وَجْهَانِ:

أحدُهُمَا: لا؛ لأنَّه عَمِلَ لنفسه.

والثاني: يستحقُّ؛ لأنَّ عمله وَقَعَ لغَيْره؛ وهذا بناء علَىٰ أنَّ الأجِيرَ في الحَجِّ، إذا صَرَفَ الإِحْرَامَ إِلَىٰ نفسه ـ: لا ينصرفُ إليه، وهل يستحقُّ الأَجْرَ؟ فيه قولان.

ولو قَالَ: اعْمَلْ، فما اسْتَخْرَجْتَهُ: نصفُهُ لك، ونصفُهُ لي ـ: لا يصحُّ؛ لأنَّه شرط له أَجْراً مجهولاً، وما استخرجَهُ يكون لِمَالِكِ الأَرْضِ، وللعامِلِ أَجْرُ مثلِ عمله؛ كما لو قال: اسْتأجَرْتُكَ على نصف ما تستَخْرِجُهُ ـ: فهو فاسدٌ، والنَّيلُ للمالِكِ، وللأجِيرِ أَجْرُ المثل.

أما إذا قال: اسْتأجَرْتُكَ شهراً؛ لتعمَلَ في هذا المعدِنِ كُلَّ يوم بدرهمٍ ـ: يصحُّ، ويستحقُّ المسمَّى [إذا عمل][2]، والله أعلم.

بَابُ القَطَائِعِ

القَطَائِعُ قِسْمَانِ:

---

(١) الماء العِدُّ: الماء الجاري الذي له مادة لا تنقطع. ينظر المعجم الوسيط ٢/ ٥٨٧.

(٢) سقط في د.

أحدُهُما: ما يُمْلَكُ، وهو: مَا مَضَىٰ مِنْ إحياءِ المَوَاتِ.

والثَّاني: إقْطَاعُ إرْفَاقٍ لا تمليكَ[١] فيه؛ كالمقاعِدِ في الأسواقِ، والطُّرُقِ الواسعةِ.

إذا قَعَدَ رجُلٌ في طريقٍ للبَيْعِ والشراءِ: فإنْ كان يضيِّقُ الطريقَ على المَارَّة ـ: منع منه، وإنْ لم يضيِّق ـ: فلا يمنع، سواءٌ قَعَدَ بإذْنِ الإمامِ أو بغَيْرِ إذْنِهِ؛ لاتفاق الناسِ عليه في جميعِ الأمْصَارِ مِنَ السَّلَف والخلف.

ويجوزُ للسُّلْطان إقطاعُهُ؛ لكنه لا يملكُهُ، بل يكونُ أَوْلَىٰ بالمكان الذي قَعَدَ فيه، وبما حوالَيْه قَدْر ما يَضَعُ فيه متاعُهُ، ويقُومُ فيه المشتري، فلو قَعَدَ بقُرْبِهِ مَنْ يضيِّق المكانَ عليه، لوضع أمتعته، أو يَمْنَعُ الناسَ عَنْ رؤيةِ متاعِهِ ـ: يُمْنَعُ مِنْ ذلك، وله أَنْ يظلِّل عليه بما لا يَضُرُّ بالمارَّة مِنْ تَارِيَّةٍ[٢] أو ثَوْبٍ؛ لأنه لا يستَغْنِي عنه، ويُمْنَعُ من أنْ يَبْنِيَ دَكَّةً؛ لأنَّه يَضِيقُ به الطريقَ، ويَعْثُرُ به الضَّرِيرُ، والبَصِيرُ باللَّيْلِ، وإذا أقطعه السلطانُ موضعاً ـ: كان أَحَقَّ به؛ سواءٌ نقل متاعه إلَيْهِ أو لَمْ ينقُلْ؛ لأنَّ للإمامِ النظَرَ والاجتهادَ، فإذا أقطَعَهُ ـ: ثبتت يدُهُ عليه.

وإذا قَعَدَ في موضِعٍ، ثم فارَقَهُ على ألاَّ يعُودَ ـ: لم يكُنْ له [منْعُ] غيره مِنَ القُعُودِ فيه، وإنْ فارقه لشُغْلٍ حتى يَعُودَ، أو عاد إلَىٰ بيتِهِ، باللَّيْلِ، ثم رجع في اليوم الثاني ـ: كان أولى به، فإنْ رجع في اليوم الثاني، وقد قعد فيه غيرُهُ ـ: يزعَجُ، وإنْ طال قعودُهُ في مكانٍ ـ: هل يمنَعُ؟ فيه وجهان:

أحدُهُمَا: لا؛ لأنَّه ثَبَتَتْ[٣] له اليَدُ بالسَّبَقِ إليه.

والثاني: يمنَعُ؛ حتَّىٰ لا يَصِيرَ كالمُتَمَلِّك له.

وقالَ الإصطخريُّ: إذا عَادَ إلَىٰ بيته باللَّيْلِ، ثم رجَعَ في اليَوْمِ الثاني، وقد سبقه غيرُهُ ـ: كان الثاني أَوْلَىٰ به؛ كالمسْجِدِ.

والأوَّلُ أصحُّ، بخِلافِ المسجدِ: فإنه مكانُ عبادةٍ وموضعُ قربةٍ يَنْتَابُهُ الناسَ؛ فالسَّابقُ أَوْلَىٰ به في أيِّ وقْتٍ جاء؛ لقولِ النبيِّ ـ ﷺ ـ «مِنًى مُنَاخُ مَنْ سَبَقَ»[٤].

ولو غاب عَنْ مقعده في السُّوق أو الطريقِ يوماً أو يومَيْن؛ لشُغْلٍ: مِنْ مرضٍ أو سفرٍ، ثم عاد ـ: كانَ أَوْلَىٰ به، فإنْ طَالَتْ مُدَّةُ غَيْبَتِهِ ـ: بَطَلَ حقُّه، ولغيره أن يقْعُدَ فيه، وإنْ سَبَقَ اثنانِ

---

(١) في د: تملك.

(٢) شيء يتظلل به: شَقِيفٌ من خوص أو غيره.
ويقال: بارِيَّة، وبوريّ ـ بالتشديد ـ وبارياء. ثلاث لغات. ينظر النظم ٢/ ٦٧.

(٣) تقدم.

(٤) في ظـ: إذا قعد واحد من النازلين.

إِلَىٰ موضعٍ ـ: فيه وجهان:

أحدهما: يُقْرَعُ بينهما.

والثاني: يقدِّم الإمامُ أحدَهُمَا، ولا تجيء القسمةُ؛ لأنَّه لا يملك، وإن كان الرجُلُ جَوَّالاً ـ: يقعد كُلَّ يومٍ في موضعٍ آخَرَ، فإذا فارَقَ مكانَهُ، وقعد فيه غيرُهُ ـ: كان الثَّاني أولَىٰ به؛ وكذلك: الأَعْرَابُ إذا نزلُوا منزلاً بالباديةِ ـ: كانوا أولَىٰ به، وبما حوالَيْه قَدْرَ ما يحتاجون إِلَيْهِ لِمَرَافِقِهِمْ، ولم يكُنْ لغيرهم مزاحَمَتُهُمْ فيها، وإذا أَرْسَلُوا نَعَمَهُمْ في شِعْبَ: لم يكن لغيرِهِمْ تَنْحِيَتُهُمْ وإرسالُ نَعَمِهِم فيه، فإذا فارَقُوا ذلك المَكَانَ ـ: لم يكُنْ لهم منْعُ غيرهم عن نزوله.

وكذلك: الرباطُ الموقوفُ والخان الموقوف، إذا قعد أحدُ النَّازِلِينَ في موضِعٍ، ثم خرج لشراءِ شَيءٍ أَوْ لشغل، ثم عاد ـ: كان أولَىٰ بمكانِهِ، سواءٌ نقل متاعه أو لم ينقُلْ؛ لأنَّه يخافُ علَىٰ متاعه لو تركه.

وكذلك: إذا أخذ بَيْتاً، وغاب أيَّاماً قليلةً، ثم عاد ـ: كانَ أولَىٰ ببيته، فإنْ طالَتْ غَيْبَتُهُ، ثم عاد وقد أَخَذَ المكانَ غيرُهُ ـ: لم يزعَجْ.

وكذلك: لو قَعَدَ في المسْجِدِ في موضِعٍ، ثم قام لقضاءِ حاجةٍ أو تجديدِ وضوءٍ، فناداه رجُلٌ، أو قام ليناديَ رجلاً، ثم عاد ـ: كان أولَىٰ به، سواءٌ ترك إزارَهُ أو لَمْ يترُكْ، أَمَّا إذا خَرَجَ لغير عذرٍ، أو عاد إِلَىٰ بيته باللَّيْل، فسبقه غيره في اليوم الثانِي ـ: كان الثَّاني أَوْلَىٰ به.

فَصْلٌ فِي الْمِيَاه

رُوِيَ عَنْ رَسُولِ الله ـ ﷺ ـ أَنَّهُ قَالَ: «الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاث: فِي المَاءِ وَالكَلإِ[1] وَالنَّارِ»[2].

---

(١) الكَلأُ: مهموز مقصور: هو العشب: وقد كلئت الأرض وأكلأت، فهي مُكْلِئَةٌ وكلئة: أي ذات كلإٍ، وسواء يابسة ورطبة.

ينظر: النظم المستعذب (١/ ١٦٥).

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٠٠) كتاب البيوع: باب في منع الماء حديث (٣٤٧٧) وأحمد (٥/ ٣٦٤) والبيهقي (٦/ ١٥٠) كتاب إحياء الموات: باب ما لا يجوز إقطاعه من المعادن الظاهرة كلهم من طريق حريز بن عثمان ثنا أبو خداش عن رجل من أصحاب النبي ﷺ قال قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار». وللحديث شاهد من حديث أبي هريرة.

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٢٦) كتاب «الرهون» باب المسلمون شركاء في ثلاث حديث (٢٤٧٣) حدثنا محمد بن عبد الله بن يزيد ثنا سفيان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاث لا يمنعن: الماء والكلأ والنار». =

الماءُ الجاري في نَهْرٍ أو عَيْنٍ غَيْرِ مملوكةٍ؛ مثْلُ: الفراتِ وَدِجْلَةَ ـ: مباحٌ لكلِّ مَنْ أخذه؛ فإنْ دخل شيءٌ منه ملْكَ الغير، أو السَّيْلُ دخَلَ مِلْكَهُ ـ: فهو علَىٰ أصْلِ إباحتِهِ؛ فإن[1] جَرَىٰ وخَرَجَ عن ملكه فكلٌّ من شَاءَ ـ أخذه.

وإذا[2] ٱجتمع في المِلْكِ ـ: فهو علَىٰ إباحته، غير أنه لا يجُوزُ لأحَدٍ دخولُ ملكِهِ، لأخذه بغَيْرِ إذنِهِ، فلو دخل وأخذه في إنـاءٍ مَلَكَهُ علَىٰ أصحِّ الوجهين.

وفيه وجه آخر: لصاحِبِ الملك أن يَسْتَرِدَّهُ؛ كما قالُوا في فَرْخِ الطائِرِ.

وكذلك: إذا كان الماءُ في مواتٍ ـ: فهو مشتركٌ بَيْنَ الناسِ؛ فإن حضره[3] جماعةٌ: أخذوه، وإنْ أتاه رجلانِ، وكان الماءُ في بئرٍ، أو عَيْنٍ، ولم يُمْكِنْهُمَا ٱلاستقاء معاً ـ: فمَنْ سَبَقَ إليه ـ كانَ أولىٰ به، وإن جاءَا معاً ـ أقرعَ بينهما، وهذا الماءُ هو المرادُ من قوله ـ عليه السلام ـ: «النَّاسُ شركاء فِي ثَلَاثٍ[4]».

وكذلك: الكلأُ إذا كان في مواتٍ، والنارُ الموقَدَةُ من حَطَبٍ في موات[5] لم يحتطبْ ـ: يكونُ الناسُ شركاءَ فيه، فلو أخَذَ رجُلٌ شيئاً من ذلك الماءِ [في إناءٍ][6] ـ: ملكه وليْسَ للغير أن يزاحِمَهُ فيه؛ وكذلك: الكلأُ والحَطَبُ إذا جمعه إنْسَانٌ ـ: مَلَكَهُ، فإذا[7] أوقَدَ منه ناراً ـ: فليس لغيره أنْ يَأْخُذَ منه شيئاً إلاَّ بإذنه.

أمَّا إذا نَبَعَ المَاءُ مِنْ عَيْنٍ في ملكِه، أو بئرٍ، أو حَفَرَ بئراً في مَوَاتٍ للتملُّك، فظَهَرَ الماء ـ: هل يكُونُ ذلك الماءُ ملكاً له؟ فيه وجهان[8].

= وقال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٦٦ ـ ٢٦٧): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات محمد بن عبد الله بن يزيد المقري أبو يحيى المكي وثقه النسائي وابن أبي حاتم ومسلمة الأندلسي والخليل وغيرهم وباقي رجال الإسناد على شرط الشيخين. اهـ.

وللحديث شاهد أيضاً من حديث ابن عباس.

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٢٦) كتاب «الرهون»: باب المسلمون شركاء في ثلاث حديث (٢٤٧٢) من طريق عبد الله بن خراش بن حوشب الشيباني عن العوام بن حوشب عن مجاهد عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار وثمنه حرام».

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٦٦): هذا إسناد ضعيف عبد الله بن خراش ضعفه أبو زرعة والبخاري والنسائي وابن حبان وغيرهم.

(١) في د: فإذا.

(٢) في ظـ: وإن.

(٣) في د: أخذ.

(٤) في د: الثلاثة.

(٥) في أ: الموات.

(٦) سقط في د.

(٧) في د: وإذا.

(٨) في أ: قولان.

أحدهما: وهو قولُ أبي إسحاق ـ: لا يكونُ مِلْكاً له؛ حتى يحوزه في إناءٍ أو حوضٍ؛ لظاهر الخَبَرِ.

والثَّاني: نَصَّ عليه في روايةِ حَرْمَلَةَ، وهو قولُ ٱبْن أبي هريرَةَ ـ: هو مِلْكٌ له؛ لأنَّه نَمَاءُ مَلَكَهُ؛ كثمرةِ الشجرةِ حتَّىٰ قال: يقطع سارقه.

ومَنْ قال بالأول، قال: الدليلُ على[1] أنَّه لَيْسَ يملكُ: أنَّ مستأجِرَ الدارِ يَجُوزُ له أن ينتفِعَ بمَاءِ البئرِ بٱلاتِفاقِ.

ولو كان مِلْكاً لصاحِبِ الدارِ ـ: لم يَجُزْ له أن ينتفِعَ به فكذلك: مَنِ ٱشترى داراً فيها بئرُ ماءٍ، فنزح شيئاً مِنْ ماءِ البئرِ، ثم وَجَدَ بالدارِ عَيْباً ـ: يجوز له الرَّدُّ؛ لأنه لم يتولَّدْ مِنْ ملكه؛ بخلاف الثمرةِ، بل حَصَل في ملكه كَطَيْرٍ دَخَلَ أرضَهُ ـ: لا يملكه مالكُ الأرض.

ولو نَبعَ الماءُ مِنْ ملكه، فجرى، وخَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ، [فأخذه غيْرُهُ][2] ـ: فعلَىٰ قولِ أبي إسحاقَ: مَلَكَهُ مَنْ أخذه، وعلَىٰ قول ابن أبي هريرة: لا يملكُهُ، ويستردُّه مالك الأرضِ.

ولو دَخَلَ رجُلٌ أرضَهُ دون إذنِهِ، وأخذ شيئاً مِنْهُ ـ: عصى بالدُّخُول؛ ولكنَّه يملكُ المَاءَ علَىٰ قولِ أبِي إسْحَاق، وعلى قول ابن أبي هريرة: لا يملكه.

ولو بَاعَ مالكُ الأرضِ المَاءَ ـ نُظِرَ: إن باعه بَعْدَ ما أَحْرَزَهُ في إناءٍ، أو حَوْضٍ ـ: جاز. قال الشيخ ـ رحمه الله ـ إذا كان يَعْرِفُ المشتري عُمْقَ الحَوْضِ، وإن باعه في قرارِهِ ـ: لا يجوز؛ لأنه مجهولٌ.

وعند أبي إسحاق: غَيْرُ مملوكٍ.

ولو باع عَشَرَةَ أَصْوُعٍ من ذلكَ المَاءِ: [فإن كان][3] جارياً؛ مثْلُ ماءِ القناةِ ـ: لا يجوزُ، وإن لم يكُنْ جارياً؛ مثل ماءِ البئرِ ـ: فعلى قولِ أبي إسحاق: لا يجوز؛ لأنَّه غَيْرُ مملوكٍ، وعلى الوجه الآخر: يجوزُ؛ كما لو باع صَاعاً مِنْ صُبْرَة حنطةٍ.

وقال الشيخُ القَفَّال: لا يجوزُ ـ أيضاً ـ لأنَّه إذا نَزَحَ شيئاً منه ـ: يَزْدَادُ، فيعطى ما لم يكُنْ موجوداً.

والأَصَحُّ: جوازُ بَيْعِهِ علىٰ هذا الوجه؛ لأنَّ الذي يزيدُ قَلِيلٌ؛ فيعفى كما لو بَاعَ القَتَّ فِي الأَرْضِ بِشَرْطِ القَطْعِ: يجوزُ، وإنْ كان يزدَادُ شيئاً إِلَىٰ أنْ يفرَغْ من قطعه[4].

أمَّا إذا باع المَاءَ مَعَ مَوْضِعِهِ ـ نظر: إنْ كَانَ الماءُ جَارِياً، فقالَ: بِعْتُكَ هَذِهِ القناةَ مَعَ الماء

---

(١) في د: عليه.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) في أ: القطع.

-: لم يَجُزْ، وَإِن لَمْ يَكُنْ جارياً كالماءِ والبئرِ؛ فعلىٰ قَول أبِي إسحاقَ: لا يجوزُ؛ لأنه باعَ ما لا يملكُ.

وَعَلَى الوَجْهِ الآخرِ: يَجُوزُ.

وَلَوْ بَاعَ البِئْرَ مطلقاً، أو باع داراً فيها بئْرُ ماءٍ -: جاز، ثُمَّ عَلَىٰ قولِ أبِي إسحاقَ: يصيرُ المشتري أحَقَّ بذلك الماء؛ كَمَا كانَ البائعُ أحَقَّ به.

وعَلَى الوجهِ الآخرِ: الموجُودُ - يَوْمَ البيعِ - لا يَدْخُلُ في البيع، وما يَنْبُعُ بعدَهُ: يكونُ للمشتَرِي.

وَلَوْ باعَ جُزْءاً مُشَاعاً من القناةِ أو البئْرِ -: جاز، وما يَحْدُثُ يكُونُ مشتركاً بينهما حَقًّا؛ عَلىٰ قولِ أبي إسحاق، وملكاً عَلَى الوَجْه الآخر.

ولو حَفَرَ رَجُلٌ بئراً في مَوَاتٍ - ، نُظِرَ: إنْ حَفَر للارتفاقِ لا للملكِ: فما دام هناك - فهو أولىٰ بِهِ، ولم يكنْ له منْعُ الغَيْرِ من ألاستقاء.

وَلاَ يمنع فضْل الماء عَنِ المَوَاشِي؛ لمَا رُوِيَ عَن أبِي هريرةَ - رضي الله عنه - أنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَالَ: «مَنْ مَنَعَ فَضْلَ المَاءِ، لِيَمْنَعَ بِهِ الكَلأَ -: مَنَعَهُ اللَّهُ فَضْلَ رَحْمَتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»(١)، ولكن لا يلزمه إعارَةُ الدَّلْوِ والرِّشَاء لِلاسْتِقاء.

---

(١) النهي عن بيع فضل الماء.

ورد من حديث أبي هريرة وعبد الله بن عمرو وجابر وإياس بن عبد المزني.

- حديث أبي هريرة وله طرق كثيرة.

الطريق الأول:

أخرجه مالك (٢/ ٧٤٤) كتاب الأقضية: باب القضاء في المياه (٢٩) والبخاري (٥/ ٣١) كتاب المساقاة: باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى حديث (٢٣٥٣) ومسلم (٣/ ١١٩٨) كتاب المساقاة: باب تحريم فضل بيع الماء حديث (٣٦/ ١٥٦٦) والترمذي (٣/ ٥٧٢) كتاب البيوع: باب ما جاء في بيع فضل الماء حديث (١٢٧٢) وابن ماجه (٢/ ٨٢٨) كتاب الرهون: باب النهي عن منع فضل الماء ليمنع به الكلأ (٢٤٧٨) وأحمد (٢/ ٢٤٤) وعبد الرزاق (٨/ ١٠٥) رقم (١٤٤٩٤) والحميدي (٢/ ٤٧٧) رقم (١١٢٤) وابن الجارود (٥٩٦) وأبو يعلى (١١/ ١٣١) رقم (٦٢٥٧) والبغوي في «شرح السنة» (٣/ ٤٢١ - بتحقيقنا) كلهم من طريق أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ».

الطريق الثاني:

أخرجه مسلم (٣/ ١١٩٨) كتاب المساقاة: باب تحريم فضل بيع الماء حديث (٣٨/ ١٥٦٦) وأحمد (٢/ ٢٧٣) وعبد الرزاق (٨/ ١٠٤ - ١٠٥) رقم (١٤٤٩٠) والبيهقي (٦/ ١٥ - ١٦).

كتاب البيوع: باب النهي عن بيع فضل الماء من طريق أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة بمثل الطريق الأول.

=

. . . .

= الطريق الثالث:
أخرجه البخاري (٥/ ٣١) كتاب المساقاة: باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى حديث (٢٣٥٤) ومسلم (٣/ ١١٩٨) كتاب المساقاة: باب تحريم فضل بيع الماء حديث (٣٧/ ١٥٦٦) من طريق الزهري حدثنا سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن أن أبا هريرة قال. . . فذكره.
الطريق الرابع:
أخرجه أحمد (٢/ ٤٢٠ ـ ٤٢١) وابن حبان (١١٤٢ ـ موارد) من طريق ابن وهب حدثنا حيوة حدثني أبو هانىء أن أبا سعيد مولى بني غفار قال سمعت أبا هريرة يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تمنعوا فضل الماء ولا تمنعوا الكلأ فيهزل المال ويجوع العيال».
وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٢٧) وقال: «قلت: هو في الصحيح باختصار، رواه أحمد ورجاله ثقات.
الطريق الخامس:
أخرجه أحمد (٢/ ٣٦٠) من طريق عبد الرحمن بن أبي عمرة عن أبي هريرة به.
الطريق السادس:
أخرجه أحمد (٢/ ٥٠٦) من طريق المسعودي عن عمران بن عمير عن عبيد الله بن عبد الله عن أبي هريرة به.
والمسعودي كان قد اختلط.
حديث عبد الله بن عمرو:
أخرجه البيهقي (٦/ ١٦): كتاب البيوع: باب النهي عن بيع فضل الماء، من طريق أبي بكر بن عياش عن شعيب بن شعيب أخي عمرو بن شعيب، عن أخيه عمرو بن شعيب، عن سالم مولى عبد الله بن عمرو قال: «أعطوني بفضل الماء من أرضه بالوهط ثلاثين ألفاً، فكتبت إلى عبد الله بن عمرو، فكتب إلي: لا تبعه ولكن أقم قلدك ثم اسق الأدنى فالأدنى فإني سمعت رسول الله ﷺ ـ ينهى عن بيع فضل الماء» ورواه أحمد من طريق محمد بن راشد عن سليمان بن موسى: «أن عبد الله بن عمرو كتب إلى عامل له على أرض له: لا تمنع فضل مائك، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله يوم القيامة فضله».
والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٢٧) وقال: رواه أحمد وفيه محمد بن راشد الخزاعي وهو ثقة وقد ضعفه بعضهم.
حديث جابر بن عبد الله:
أخرجه مسلم (٣/ ١١٩٧): كتاب المساقاة: باب تحريم فضل بيع الماء، الحديث (٣٤/ ١٥٦٥)، وابن ماجة (٢/ ٨٢٨): كتاب الرهون: باب النهي عن بيع الماء، الحديث (٢٤٧٧)، وابن الجارود ص (٢٠٤) المنتقى: باب المبايعات المنهي عنها، الحديث (٥٩٥)، والحاكم (٢/ ٤٤)، والبيهقي (٦/ ١٥): كتاب البيوع: باب النهي عن بيع فضل الماء، من طريق ابن جريج، أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابراً قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع فضل الماء.
وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي، وقد وهما فَقَدْ أخرجه مسلم كما ترى. =

وَلَوْ أَرادَ غيْرُهُ أَنْ يَسْقِيَ زَرْعَه له منعهُ؛ لأَنَّ حُرْمَةَ الحيوانِ أعظمُ، فإذا[1] فارق هُوَ ذَلِكَ المكانَ ـ: لَمْ يكُنْ لَهُ منعُ الغَيْرِ عَنْ ذَلِكَ الماءِ، وَالارتفاق به؛ كَمَنْ نزلَ علَىٰ مَاءٍ مباحٍ: كان أَوْلَىٰ به، فإذا فَارَقَهُ ـ: لم يكُنْ لَهُ منعُ الغير.

أما إذا حَفَرَ بئراً في المواتِ للتملُّك أو نبع مِنْ ملكه عَيْنُ ماءٍ ـ: لا يجبُ عليه أن يَسْقِيَ مِنْ فضله، زَرْعَ الغير، سواءٌ قلنا: يملكُ الماءَ أو لا يملك.

وَيَجبُ أن يسقي ماشِيَةَ الغَيْرِ مِمَّا فَضَلَ مِنْهُ، فإنْ لَمْ يفْعَلْ ـ: عَصَى الله تعالىٰ؛ لِلحَدِيثِ، وقال أبو عُبَيْدِ بْنُ حَرْبَوَيْه[2]: لا يَجِبُ، بل يستحبُّ كَمَا لاَ يجبُ بَذْلُهُ للزَّرْعِ، وَلاَ بَذْلُ الحَبْلِ والرِّشَاءِ[3] للاستقاءِ، وكَمَا لاَ يجبُ بَذْلُ الكَلإِ؛ والأَوَّلُ أَصَحُّ، وَلَيْسَ كالكلإِ؛ لأَنَّهُ لاَ يستخلفُ عَقِيبَ الأَخْذِ؛ فربَّما يحتاجُ إليْهِ المالكُ لِمَاشيته قبل أن يستَخْلف، والماءُ مُسْتَخْلفٌ عقيب الأَخْذِ، وَيجبُ أَنْ يسقي الماشيَةَ مجاناً لا يجوز أخذ العوض عَلَيْه؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ جَابِرٍ؛ أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ: «نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ فَضْلِ المَاءِ»[4].

= حديث إياس بن عبد المزني:

أخرجه أبو داود (٣/ ٧٥١): كتاب البيوع والإجازات: باب في بيع فضل الماء، الحديث (٣٤٧٨)، والنسائي (٧/ ٣٠٧): كتاب البيوع: باب بيع فضل الماء، والبيهقي (٦/ ١٥): كتاب البيوع: باب النهي عن بيع فضل الماء، من طريق داود بن عبد الرحمن العطار عن عمرو بن دينار عن أبي المنهال عن إياس بن عبد «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع فضل الماء» ورواه الترمذي (٣/ ٥٧١) كتاب البيوع: باب ما جاء في بيع فضل الماء، الحديث (١٢٧١)، عن قتيبة، عن داود بن عبد الرحمن العطار فقال: «نهى عن بيع الماء» ثم قال: (حديث حسن صحيح) ورواه يحيى بن آدم عن سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار به بلفظ: «نهى عن بيع فضل الماء» أخرجه البيهقي (٦/ ١٥): كتاب البيوع: باب النهي عن بيع فضل الماء.

وخالف يحيى بن آدم جمهور أصحاب سفيان فرووه عنه بلفظ: «نهى عن بيع الماء» بدون ذكر الفضل رواه أحمد (٤/ ١٣٨)، والحاكم (٢/ ٤٤): باب النهي عن بيع فضل الماء، والبيهقي (٦/ ١٥): كتاب البيوع: باب النهي عن بيع فضل الماء، وابن ماجه (٢/ ٨٢٨): كتاب الرهون: باب النهي عن بيع الماء، الحديث (٢٤٧٦)، والنسائي (٧/ ٣٠٧): كتاب البيوع: باب بيع الماء، والدارمي (٢/ ٢٦٩): كتاب البيوع: باب في النهي عن بيع الماء، من طريق سفيان، وكذلك رواه ابن جريج، عن عمرو بن دينار أن أبا المنهال أخبره أن إياس بن عبد من أصحاب النبي ﷺ ـ قال: لا تبيعوا فضل الماء، فإن النبي ﷺ ـ نهى عن بيع الماء، والناس يبيعون ماء الفرات فنهاهم.

أخرجه أحمد (٣/ ٤١٧)، والحاكم (٢/ ٤٤): كتاب البيوع: باب النهي عن بيع الماء والبيهقي (٦/ ١٥): كتاب البيوع: باب النهي عن بيع فضل الماء، من طريق ابن جرير.

(١) في ظـ: وإذا.

(٢) في د: حريته.

(٣) الرِّشاء: الحبْل أو حبل الدَّلْوِ ونحوها ينظر المعجم الوسيط (١/ ٣٤٨).

(٤) ينظر الحديث السابق.

وقيل: يجوزُ أَنْ يأخُذَ علَيْهِ العِوَضَ؛ كما يجبُ عليه إطعامُ المُضْطَرِّ، وَلَهُ أَخْذُ العوضِ عَلَيْهِ.

والأَوَّلُ المذهَبُ؛ للحديثِ، وَلأَنَّ الماءَ يخلف ما دَامَ في منبعِهِ؛ بِخلافِ الطَّعَام؛ حَتَّىٰ لو كانَ الماءُ مُحْرَزاً فِي إناءٍ، أو حَوْضٍ ـ: فلا يجبُ أن يَسْقِيَ به الغَيْرَ، إلاَّ أن يكونَ مُضْطَرًّا؛ فيجبُ عليه أنْ يسقيه، وله أَخْذُ الْعِوَضِ عليه، فإذا كَانَ لجماعةٍ حَقٌّ في ماء يَسْقُونَ منه ـ نُظِرَ: إن كان الماءُ في نهرٍ عظيمٍ غَيْرِ مملوك مِثْلِ الفُراتِ وَدَجْلَةَ وما أشبههما من الأودية ـ: فلا ضِيقَ فيه عَلَى النَّاسِ، فمَنْ شاء أن يَسْقِيَ منه مَتَىٰ شَاءَ، له ذلك، وإن كان الماءُ في ساقِيَةٍ [أو نَهْرٍ صغيرٍ ـ نُظِرَ: إن كانَتِ السَّاقِيَةُ غَيْرَ مملوكةٍ بأن كان الماءُ يَجْري من][1] نهرٍ عظيمٍ في ساقيةٍ، فَأَحْيَا النَّاسُ حَوْلَهَا ـ: فالترتيبُ فيه: أَنْ يسقي الأَوَّلُ زرْعَهُ حتَّىٰ يبلُغَ المَاءُ كَعْبَيْنِ، ثم يُرْسِلَهُ إِلَى الثَّانِي، ثُمَّ إِلَى الثالثِ؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، قَالَ: خَاصَمَ الزُّبَيْرُ رَجُلاً مِنَ الأَنْصَارِ في شِرَاجِ[2] مِنَ الْحَرَّةِ، فَقَالَ النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ لِلزُّبَيْرِ: «ٱسْقِ يَا زُبَيْرُ، ثُمَّ أَرْسِلِ المَاءَ إِلَىٰ جَارِكَ»، فَقَالَ الأَنْصَارِيُّ: يَا رَسُولَ الله، إِنْ كَانَ ٱبْنَ عَمَّتِكَ! فَتَلَوَّنَ وَجْهُهُ، ثُمَّ قَالَ: «ٱسْقِ يَا زُبَيْرُ، ثُمَّ ٱحْبِسَ الْمَاءَ حَتَّىٰ يَرْجِعَ إِلَى الْجَدْرِ، ثُمَّ أَرْسِلِ المَاءَ إِلَىٰ جَارِكَ»[3].

فإِنِ ٱحتاج الأَوَّلُ إلى المَاءِ ثانياً قَبْلَ أن يَصِلَ الماءُ إلى الآخَرِ ـ: فله حَبْسُهُ ثانياً، ولو كانَ قِطْعَتَا أَرْضٍ، إِحْدَاهما أَعْلَىٰ لا يَبْلُغُ الماءُ فيها إِلَى الكَعْبَيْنِ، حتَّىٰ يبلُغَ في الأَسْفَلِ إلى الوَسَط ـ: فلَيْسَ له أن يَسْقِيَ كذلك، بل يَسْقِي السُّفْلَىٰ إلى الكعبَيْنِ، ثم يَسُدُّها، فيسقِي العاليةَ إلى الكعبَيْن.

ولو أراد رَجُلٌ أن يُحْيِيَ مواتاً، ويجعل شُرْبَهُ مِنْ هذا النهرِ ـ: لم يكُنْ له ذلكَ، إن كان يُضَيِّقُ على أَهْلِ النَّهْرِ، ويضرُّهم؛ لأَنَّهم سَبَقُوا إليه.

ومَنْ مَلَكَ أرضاً بالإِحْيَاءِ ـ: ملكها بمرافقها، والنَّهْرُ مِنْ مرافِقِ أراضِيهِمْ، فإن لم يُضَيِّقْ عليهم ـ: جاز، وإنْ كانَتِ الساقِيَةُ مملوكةً: فإن حَفَرَ واحدٌ، أو جماعةٌ في مواتٍ نَهْراً يدخله الماءُ مِنْ نَهْرٍ عظيمٍ ـ: فتلكَ الساقِيَةُ مملوكةٌ لهم، والماءُ غَيْرُ مملوكٍ؛ لكنَّهم أحق به؛ لِكَوْنِهِ في مِلْكِهِم؛ كَالسَّيْلِ: يدخُلُ في مِلْكِ الغَيْرِ، وَلَيْسَ لأَحَدٍ أَنْ يَشُقَّ فيه نهراً، ولا أن يُدْلِيَ فيه دَلْواً؛ لأنَّه ينتفع بحريم الغير، ولو تباعد عن الحريم، وألقى إليه الدلو؛ لم يَجُزْ؛ لأنه ينتفع بهواءِ الغير، ثم أَهْلُ ذلك النهر:

إن دخلوا في حفره علىٰ أن يَتَسَاوَوْا ـ: تساوَوْا في الإِنْفَاقِ، وَإِنْ دَخَلُوا عَلَىٰ أَنْ يتفاضَلُوا

---

(١) سقط في د.

(٢) في د: شريح.

(٣) تقدم تخريجه في البيوع.

ـ: تفاضَلُوا في الإِنْفَاقِ؛ ويكونُ الماءُ بينَهُمْ عَلَىٰ قَدْرِ النَّفَقَةِ؛ لأنَّهمْ اَسْتَفَادُوا ذَلِكَ بالإِنفاقِ، وَإِنْ وَضَعُوا سَقْيَ أَرَاضِيهِمْ على المهايَأَةِ يَوْماً يوماً ـ: جاز؛ وَلَيْسَ لأَحَدٍ حَبْسُ الماءِ مِنْ غير مواضِعِهِ.

وإِنْ أرادوا قِسْمَةَ المَاءِ ـ: أَجْرَوُا الماءَ إِلىٰ مُسْتَوًى مِنَ الأَرْضِ يُمْكِنُ لِكُلِّ واحدٍ منهم أَنْ يَسْقِيَ أَرْضَهُ بما يُصِيبُهُ مِنَ الماءِ بَعْدَ القِسْمَةِ؛ وينصبُ خَشَبَةً مستويةَ الأَعْلَىٰ والأَسْفَلِ، ويفتحُ فيها كُوىً بقدْرِ حقوقِهِمْ عَلَىٰ عدد رؤوسِهِمْ، ليخرج حصَّة كُلِّ واحد منهم مِنْ تِلْكَ الكُوَّة إِلىٰ أَرْضِهِ، وَلَيْسَ لأَحَدٍ مِنْهُم تَغْيِيرُ. تلك الكُوَىٰ بتَوسْيعٍ ولا تَضْيِيق، فلو أراد وَاحدٌ مِنْهُمْ أَنْ يَشُقَّ سَاقِيَةً إِلىٰ أَرْضِهِ قَبْلَ بُلُوغِ المقسم ـ لم يكنْ لَهُ ذلك؛ لأَنَّهُ تصرَّفَ في حريم مُشْتَرَك، ولا يجوزُ أن ينصبَ عليه رحًى، فَلَوْ نَصَبَ رَحًى علىٰ مَاءٍ آخَرَ ورد منتهاه إِلىٰ هٰذِهِ السَّاقِيَةِ ـ: لم يَكن له ذَلِكَ، وَلَوْ كَانَ لِواحِدٍ عَلَيْهِ رسْم رحى يدورُ ـ: لَمْ يبطُلْ.

وَلَوْ[1] أَرَادَ وَاحِدٌ أَنْ يديرَ بِمَا فَضَلَ له مِنَ المَاءِ رَحًى في ملكه ـ: لم يُمْنَعْ منه، والله أعلم.

---

(١) في ظـ: وإن.

كِتَابُ الْعَطَايَا وَالْحَبْسِ

رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الخطَّابَ ـ رَضِيَ الله عَنْهُ ـ مَلَكَ مِائَةَ سَهْمٍ مِنْ خَيْبَرَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ الله، إِنِّي أَصَبْتُ مَالاً لَمْ أُصِبْ مِثْلَهُ [قَطُّ](1)، وَقَدْ أَرَدْتُ أَنْ أَتَقَرَّبَ بِهِ إِلَىٰ الله عَزَّ وَجَلَّ ـ فَقَالَ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ: «حَبِّسِ الأَصْلَ، وَسَبِّلِ الثَّمَرَةَ»(2).

جُمْلَةُ ما يُعْطِي الرجُلُ مِنْ مالِهِ ـ علَىٰ وَجْهِ التبرُّعِ ـ قِسْمَانِ:

عطيَّةٌ بعد الموتِ، وهي: الوصيَّة، وعطيَّةٌ في الحياةِ، وهي قسمان:

أحدُهُما: الصَّدَقَاتُ المحرَّمـات، وهي: الوَقْف.

والآخَرُ: الْهِبَاتُ والهدايا.

---

(1) سقط في د.

(2) أخرجه البخاري (٥/ ٤٦٨) كتاب الوصايا باب الوقف كيف يكتب حديث (٢٧٧٢) ومسلم (٣/ ١٢٥٥) كتاب الوصية: باب الوقف حديث (١٥/ ١٦٣٢) وأبو داود (٢/ ١٣٠) كتاب الوصايا: باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف حديث (٢٨٧٨) والنسائي (٦/ ٢٣٢) كتاب الأحباس: باب حبس المشاع، والترمذي (٣/ ٦٥٠) كتاب الأحكام باب في الوقف حديث (١٣٧٥) وابن ماجه (٢/ ٨٠١) كتاب الصدقات: باب من وقف حديث (٢٣٩٦) وأحمد (٢/ ١٢، ٥٥، ١٢٥) وابن خزيمة (٢٤٧٦) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢/ ٢٤٩) والبيهقي (٦/ ١٥٨ ـ ١٥٩) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٤١٨ ـ بتحقيقنا) من حديث ابن عمر.

قوله: حَبِّس الأصل.

الحبس: ضد الإطلاق والتخلية أي اجعله محبوساً، لا يباع ولا يوهب.

ينظر: النظم المستعذب (٢/ ٨٥).

وقوله: سبِّل الثمرة.

اجعل لها سبيلاً، أي طريقاً لمصرفها والسبيل: الطريق.

ينظر: النظم المستعذب (٢/ ٨٦).

ولكلِّ قسْمٍ كتابٌ، والمقصُودُ من هذا البابِ: بَيَانُ حُكْمِ الوَقْفِ، وهو: أن يَحْبِسَ عَيْناً مِنْ أعيانِ مالِهِ ويَقْطَعَ تصرُّفَهُ عنها، ويَجْعَلَ منافِعَهَا لِوَجْهٍ من وجوهِ الخَيْرِ؛ تَقَرُّباً إِلَى الله تعالَىٰ، وذلكَ ـ عندنا ـ مندوبٌ إِلَيْه مستحبٌّ.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: الوقْفُ لا يلزَمُ[1]، وإنْ فَعَلَ: فهو كالعاريَّةِ ومَتَىٰ شاءَ رَجَعَ إلاَّ أن ينفِّذه قاضٍ؛ فيلْزَمُ.

وقال أبُو يُوسُفَ: الوقْفُ جائزٌ؛ غَيْرَ أنَّهُ لا يلْزَمُ إلاَّ أنْ يجعل داره مَسْجِداً، وصلَّىٰ فيه جماعةٌ، أوْ جَعَلَ أرضاً[2] مقبُرَةً، فدفن فيها مَيِّتٌ ـ: تلزَمُ جَمِيعُهَا، والحديثُ حجةٌ عليهم، واتِّفَاقُ الصحابةِ عَلَىٰ فعْلِ الوَقْفِ، وأنه لم يُنْقَلْ عن أحدٍ منهم؛ أنه رَجَعَ عَمَّا وقَفَ مع حاجَتِهِ ـ: دليلٌ علَىٰ لزومه.

ويجوزُ وقْفُ كُلِّ عَيْنٍ يمكنُ الانتفاعُ بها، مع بقاءِ عينها، ولم يَحُلَّهَا.

حرمةُ إبطالِ: المِلْكِ؛ فيجوزُ وَقْفُ الدُّورِ والعقاراتِ، وَوَقْفُ المنقولاتِ مِنَ الثِّياب والدَّوَابِّ والعبيدِ والأمتعةِ.

وعند أبي حنيفة: لا يجوزُ وَقْفُ الحَيَوَانَاتِ، وإنْ حَكَمَ به الحاكُم؛ وَجَوَّزَ محمَّدٌ: وَقْفَ الخَيْلِ.

ولا يجوز وَقْفُ المطعوماتِ وما يُشَمُّ من الرياحِينِ، لأنَّهُ لا يمكنُ الانتفاعُ به على الدَّوَامِ.

ويجوزُ وَقْفُ العبدِ الصَّغِيرِ وَالْحَيَوَانِ الصَّغيرِ؛ لأنَّه يرجَىٰ الانتفاعِ به.

ولا يَجُوزُ وَقْفُ الزَّمِنِ الذي لا يُرْجَى [الانتفاع به][3]، ويجوزُ وقْفُ العبدِ الكافِرِ، كتابيًّا كان أو وَثَنِيّاً؛ كما يجوزُ إعتاقه.

ولا يجوزُ وَقْفُ الحَمْلِ في البَطْنِ؛ كما لا يجوز بيعه.

وفي وَقْفِ الدراهِمِ: وجهان: كإجارتها[4]، وفي وَقْفِ الكَلْبِ المُعَلَّمِ وجهان؛ كإجارته[5].

ولا يجوزُ وَقْفُ المكاتَبِ، ولا وَقْفُ أُمِّ الولدِ؛ لأنَّه حَلَّهَا حُرْمَةُ إِبْطَالِ المِلْكِ.

ويجوزُ وَقْفُ المعلَّق عِتْقُهُ بالصِّفة، فإذا وُجِدَتِ الصِفَةُ: فإن قُلْنا: المِلْكُ في الوَقْفِ

---

(١) في أ: لا يجوز.
(٢) في د: أرضه.
(٣) في أ: زواله.
(٤) في د: في إجارتها.
(٥) في د: في إجارته.

لِلْمَوْقُوفِ عليه ـ: لا يَعْتِقُ؛ بل هو وَقْفٌ، وإن قلنا: المِلْكُ في الوَقْفِ للواقفِ، أو قلنا: ذلك[١] إلى الله تعالَىٰ ـ: عَتَقَ بوُجُودِ الصفةِ، وبَطَلَ الوقفُ.

وكذلك: وَقْفُ المدبَّر جائزٌ، ثُمَّ إن قُلْنا: التدبيرُ وَصِيَّةٌ ـ: بطَلَ التدبيرُ؛ كما لو أوصَىٰ لإنسانٍ بشَيءٍ، ثم وقفه ـ: يصحُّ، وكان رجوعاً عن الوصيَّةِ:

وإنْ قلنا: التدبيرُ تعليقٌ ـ: عَتَقَ بصفةٍ؛ فهو كوَقْفِ المعلَّق عتقُهُ بالصفة.

ولو وقف نصْفَ عَبْدٍ، أو نصْفَ دار مشاعاً ـ: جاز، سواءٌ كان النصْفُ الآخَرُ له أو لم يكُنْ، لأن عمر ـ رضي الله عنه ـ وَقَفَ مائَةَ سَهْمٍ مِنْ خَيْبَرَ مُشَاعاً[٢]، ولا يثبُتُ به الشفعةُ؛ لأنَّه لم يأْخُذْ عليه عوضاً.

وكذلك: لو وَقَفَ عُلْوَ دارٍ دُونَ سفلها، أو وَقَفَ سُفْلَهَا دون عُلْوِهَا ـ: جاز؛ لأنَّهما عينان؛ فيجوز وقْفُ إحداهما دُونَ الأُخْرَىٰ؛ كالعَبْدَيْن.

ولو وقَفَ شيئاً غَيْرَ معيَّن؛ مِنْ عَبْدٍ أو فرسٍ: لم يَجُزْ؛ كما لا يصحُّ بيع غير المعيَّن.

فَصْلٌ فِيمَا يَجُوزُ الوَقْفُ عَلَيْهِ

ولا يَصِحُّ الوَقْفُ إلا عَلَىٰ وَجْهِ الْبِرِّ والمَعْرُوفِ؛ مثلُ: أنْ يَجْعَلَ بقعةً مَسْجِداً أو رِبَاطاً لنزول المارَّة، أو يَقِفَ شيئاً على الفُقَراء والمساكينِ أو أبناءِ السبيلِ، أو عَلَى العلماءِ أو القُرَّاءِ أو الحُجَّاج، أو عَلَىٰ عِمَارَة المسجدِ أو القَنَاطِرِ، أو عَلَىٰ جماعةٍ متعيِّنين؛ مثلُ: أولادِ فلانٍ، أو علَىٰ أقاربِهِ ـ: يصحُّ. [والقر والوقف][٣] على ما لا قُرْبَةَ فيه؛ مثل: إن وقف على البِيعِ والكنائِسَ[٤] أو عَلَىٰ كَتَبَةِ التوراة والإنجيلِ ـ: لَمْ يَجُزْ؛ لأنَّه مبدَّل.

وكذلكَ: لو وقف على السُّرَّاقِ وقُطَّاعِ الطريق[٥] ومَنْ يرتكِبُ المعاصِي.

ولو وَقَفَ عَلَىٰ كافِرٍ ذمِّيٍّ ـ: جاز؛ كما يجوز التصدُّق عليه، والوصيَّةُ له، ولو وَقَفَ على حربيٍّ أو مرتدٍّ ـ: لم يجز؛ لأنَّه مأمورٌ بقَتْلِهِمَا؛ فلا معنَىٰ للوَقْفِ عليهما.

وقيلَ: يجوزُ؛ كالذِّمِّيِّ، ولو وَقَفَ على وارثِهِ شيئاً من صحَّتهِ: جاز؛ فإن وَقَفَ فِي مَرَضِهِ ـ: فهو كالوصيَّة له، ولا يصحُّ الوَقْفُ على مَنْ يُمْلَكُ؛ مِثْلَ: أن يقفَ عَلَى العَبِيدِ، وعلى الحَمْلِ في البَطْنِ، ولو وَقَفَ عَلَىٰ دابَّةِ فلانٍ ـ: فيه وجهان:

---

(١) في د: ذاك.
(٢) ينظر الحديث السابق.
(٣) في أ: وإن وقف.
(٤) في د: و.
(٥) في د: الطرق.

أصحهما: لا يجوزُ؛ لأنه لا يُمْلَكُ؛ فلا مَعْنَىٰ للوقف عليه.

والثَّاني: يجوزُ، ويكونُ وَقْفاً علَىٰ مالكها.

ولو وقف شيئاً علَىٰ نَفْسِهِ ـ: لا يجوز؛ لأنَّ الوَقْفَ يَقْتَضِي حبْسَ العَيْنِ، وتمليكَ المنفعةِ، والعَيْنُ قبل الوقْفِ محبوسةٌ عليه ومنفعةٌ له؛ فلا معنَىٰ للوقْف على نفسه.

وقال أبو عبد الله الزُّبَيْرِيُّ ـ وهو قولُ أبي يوسُفَ ـ: يجوزُ؛ وبه قال بعضُ أصحابِنَا؛ لأن المِلْكَ في الوقْفِ يزُولُ إلى الله تعالىٰ، وقبلَ الوقْفِ: كان للواقِفِ، وإن قلْنا: باقٍ على ملك الواقِفِ ـ: يصحُّ أيضاً؛ لأنَّ ٱستحقاقَهُ وَقْفاً غَيْرُ استحقاقِهِ ملكاً، لتغايرُ أحكامهما.

وكذلك: لو وَقَفَ حائطاً أو شَيْئاً على الفقراء؛ على أنْ يأكُلَ هُوَ مِنْ ثمرته، أو يَنْتَفِعَ[1] به ـ: فيه وجهان:

الأَصَحُّ: أنه لاَ يَجُوزُ.

وقيل: يجوزُ؛ لأنَّ عثمان ـ رضي الله عنه ـ وَقَفَ بئْرَ رُومَةَ، وقال: «دَلْوِي فِيهَا كَدلاَءِ المُسْلِمِينَ»[2].

والأوّل المذهبُ؛ وكان دخولُ عُثْمَانَ ـ رضي الله عنه ـ في عمومِ الوَقْفِ مِنْ غيرِ شرطٍ.

ويجوزُ أن يدخُلَ فِي العَامِّ مَنْ لا يدخلُ في الخاصِّ؛ كما أنَّ المساجِدَ موقوفةٌ، والوَقفُ صدقةٌ، وكان النبيُّ ـ ﷺ ـ يُصَلِّي في المساجِدِ، مَعَ أنَّه كان لا يأْخُذُ الصدقة.

وكذلك: لو قال: وَقَفْتُ هَذَا عَلَىٰ فلانٍ: فإذا ماتَ عَادَ إلَيَّ ـ: لا يصحُّ؛ علَىٰ ظاهر المذهب.

ولا يصحُّ تعليقُ الوَقْفِ على شرطٍ؛ فيقول: إذا قَدِمَ فلانٌ فَقَدْ وَقَفْتُ، وإذا جاء رأس شَهْرٍ فقَدْ وَقَفْت؛ كما لا يصحُّ تعليقُ البيع.

ولا يصحُّ بشَرْطِ الخيارِ فيه، ولا يُشْتَرَطُ أنْ يَرْجِعَ فيه متَىٰ شاء، أو يُدْخِلَ فيه مَنْ شاء، ويخرِجَ مَنْ شاء؛ لأنَّه إِخْرَاجُ مَالٍ عن ملكه علَىٰ وَجْهِ القُرْبة منجَّزاً؛ كالصَّدَقَةِ.

ولا يجوزُ إلَىٰ مُدَّةٍ؛ كالعتق.

ويشترطُ أن يكونَ الوَقْفُ على مَعْلُومٍ، ويَرِدُ ٱنتهاؤُهُ إلَىٰ ما لا ينقطعُ؛ وذلك مِنْ وجهين:

---

(١) في د: وينتفع.

(٢) أخرجه البخاري تعليقاً (٥/ ٣٧) كتاب الشرب والمساقاة: باب من رأى صدقة الماء وهبته، والترمذي (٥/ ٥٨٥ ـ ٥٨٦) كتاب المناقب: باب في مناقب عثمان بن عفان رضي الله عنه حديث (٣٧٠٣) والنسائي (٦/ ٢٣٣) كتاب الأحباس: باب وقف المساجد حديث (٣٦٠٦، ٣٦١٠) من حديث عثمان.

أحدُهُمَا: أن يَقِفَ عَلَىٰ ما لا ينقرضُ؛ مِثْلُ: أَنْ يَقِفَ عَلَى الفقراء والمساكين، أو المجاهدين، أو العلماء وما أشبههما؛ فيصح.

والثاني: أن يقف على ما ينقرض، ثم بعده على ما لا ينقرض مثل أن يقف عَلَى رَجُلٍ بعينه، ثم علَىٰ عقبه، ثم على الفقراء؛ فيصحُّ، وَإِنْ كان الوَقْفُ منقطعَ ٱلابتداءِ والانتهاءِ؛ مثل: إِنْ وقَفَ علَىٰ رَجُلٍ غَيْرِ معيَّن أو علَىٰ مَنْ يختاره فلانٌ، أو علَىٰ ولدِ فلانٍ، وليس لَهُ وَلَدٌ، أو علَىٰ أولادِي الَّذِينَ يَحْدُثُونَ، أو على مسجدٍ سَيُبْنَىٰ ـ: لا يصحُّ على الصحيح مِنَ المَذْهب؛ وكذلك: لو قالَ: وَقَفْتُ هذه[1]، ولم يَزِدْ عَلَيْهِ ـ: فالصحيحُ أنَّه لا يصحُّ، وهو باقٍ علَىٰ مِلْك الواقفِ؛ لأنَّه لم يبيِّن له مَصْرفاً.

وفيه قولٌ آخَرُ: أنَّه يكُونُ وقفاً؛ لأنَّه رَضِيَ أن يتقرَّب به، وإن لم يبيِّن [له مَصْرفاً][2]؛ كما لو قال: لله عليَّ أن أتصدَّق بهذا ـ: يصحُّ، وإن لم يبيِّن مصرفه ـ: فعلَىٰ هذا: يُصْرَفُ إلَىٰ أقْرَبِ الناسِ بالمحبس؛ لأنَّ العادة قد جَرَتْ أنَّ الإنْسَان إذا أَرَادَ أن يتصدَّق ـ: يبدأ بأقارِبِهِ؛ فيجعل كأنَّه صَرَّحَ به، فإذا لم يَبْقَ أحدٌ منهم ـ: صُرِفَ إلى الفقراءِ أو المساكين.

وفيه وجْهٌ آخَرُ لابْنِ سُرَيْجٍ: أنه يجُوزُ للقيِّم أن يَصْرِفه في أيِّ وجوهِ البِرِّ شاء ممَّا يعودُ إلَى صلاحِ المسلِمِينَ مِنْ أَهْلِ الزكاةِ، وإصْلَاحِ القناطِرِ وسَدِّ الثغورِ وَدَفْنِ المَوْتَى وسائرِ وُجُوهِ الْبِرِّ؛ كما لو وَقَفَ شيئاً علىٰ وجوه البِرِّ: صرف إلَىٰ جميع هذه الوجوه.

وإن كان الوَقْفُ معلومَ ٱلابتداءِ، مُنْقَطِعَ ٱلانتهاءِ؛ مثل: إن قال: وَقَفْت هذا على زَيْدٍ، ولم يَزِدْ عليه، وقال: أَوْقَفْتُهُ علَىٰ زيدٍ، ثم علَىٰ عَقِبِهِ، ولم يَزِدْ عليه، أو قَالَ: عَلَىٰ أولادي وأولادِ أولادِي، ولم يَزِدْ عليه، أو قَالَ: على أولادِي، ثم علَىٰ مجهولٍ: مِنْ حَمْلٍ أو شخصٍ لم يسمِّهِ ـ: ففيه قولان:

أحدهما: أَنَّ الوَقْفَ بَاطِلٌ، لأنَّ شَرْطَ الوَقْفِ أن يكونَ مؤبَّداً، وهو إذا لَمْ يُزِد منتهاه إلى ما لا ينقطعُ ـ: فكأنه لم يؤبِّدْهُ؛ كما لو قال: وقَفْتُهُ خمسينَ سَنَةً: لا يصحُّ.

والثاني: وهو الأصحُّ، والمنصوصُ علَيْه ـ: أنه يصحُّ؛ لأنَّه رَضِيَ بزوالِ حَقِّهِ عَنْهُ إلى غيره.

فعلَىٰ هذا: تُصْرَفُ غَلَّتُهُ إلَىٰ من عَيَّنَهُ، ثم [بعد مَنْ عيَّنه][3] إلى أَقْرَبِ الناسِ بالمحبس، ثم من بعدهم إلى الفُقَرَاءِ والمساكينِ؛ فإن لم يكُنْ للواقِفِ قريبٌ ـ: يصرَفُ إلى الفقراءِ والمساكِينِ.

---

(١) في أ: هذا.

(٢) في د: مصرفه.

(٣) سقط في د.

وإنْ كان الواقِفُ مجْهُولَ ٱلابتداءِ معلومَ الانتهاءِ؛ بأن وَقَفَ علَىٰ رَجُلٍ مجهولٍ، أو على حَمْلٍ أو علَى ولدِي ولا وَلَدَ له، أو على مسجدِ سَيُبْنَىٰ، ثُمَّ على الفقراءِ، أو وَقَفَ على مَنْ لا يجُوزُ، ثم [علىٰ مَنْ يجوزُ][1]؛ مثل: أنْ وقف على عبْدِه، ثم على الفقراء ـ: ففيه طريقان[2]:

أحدهما: هُوَ علَىٰ قولَين؛ كما لو كان معلومَ الابتداءِ مجهولَ الانتهاء.

والثاني: لا يصحُّ هَهُنا قولاً واحداً، وهو الأصحُّ والمنصوصُ عليْه؛ لأنَّ ٱلابتداءَ، إذا كانَ مَجْهُولاً: لا يمكنُ ترتيبُ الآخر عليه، وإذا كان ٱلابتداءُ معلوماً ـ: أمْكَنَ الترتيبُ على المعلوم.

فإنْ قلنا: يصحُّ ـ: فما حكمه في الْحَالِ؛ لا يخلو: إمَّا إنْ كان الأولُ الذي لم يَصِحَّ الوقْفُ عليه ـ: يمكن اعتبارُ ٱنقراضِهِ، أو لا يمكنُ: فإن لم يَكُنِ ٱعتبارُ ٱنقراضِهِ بأنْ وَقَفَ علَىٰ رَجُلٍ غيرِ معلومٍ، أو علَىٰ ولدِهِ ولا وَلَدَ له ـ: كان وقفاً في الحَالِ على الفقراءِ الَّذين سَمَّاهم؛ [لأنَّ ما لا][3] يمكنُ ٱعتبارُ ٱنقراضه [يكون ذكره لَغْواً، وإن أمكَنَ ٱعتبارُ ٱنقراضه][4] بأن وَقَفَ علَىٰ عَبْدٍ أو علَىٰ وارثه في مرضِهِ، أو على زَيْدٍ، ثم على الفقراء فردَّه ـ: ففيه ثلاثةُ أوْجُهٍ:

أحدها: يُصْرَفُ في الحالِ إلى الفقراءِ، وذكر الأول لَغْوٌ، لأنَّ الوقْفَ عليه غيرُ صحيحٍ، وقد وجدْنَا هَهُنَا مُسْتَحَقًّا سمَّاه الواقف؛ فلا معنَىٰ للصَّرْف إلَىٰ مَنْ لم يُسَمِّهِ.

والثاني: يُصْرَفُ في الحالِ إلىٰ أقربِ الناسِ بالمحبس إلَىٰ أن ينقرضَ الموقُوفُ عليه الأوَّلُ، ثم بَعْدَ ٱنقراضه: صُرِفَ إلى الفقراءِ؛ لأنَّ تركَهُ علَىٰ مِلْكِ الواقفِ: لا يمكنُ؛ لأنَّه أزالَ مِلْكَهُ، ولا يمكنُ صَرْفُهُ إلى الفقراء؛ لأنَّه لم يُوجَدْ شَرْطُ ٱلانتقالِ، وهو ٱنقراضُ الأول.

والثالثُ: هُوَ باقٍ على مِلْكِ الواقِفِ، ثم بعده: لوارثِهِ، ما لم يَمُتِ الأوَّل؛ فإذا مات[5] الأَوَّلُ ـ فحينئذٍ: يكونُ للفقراءِ؛ لأنَّهُ لم يجعلْ للفقراء شَيْئاً في حياةِ ذَٰلِكَ الرَّجُلِ؛ فيكون باقياً على مِلْكِ الواقف.

قال الشيخُ: يحتملُ أنْ يُقَالَ: إذا وَقَفَ على زيدٍ، فردَّه ـ: لا يرتدُّ، وهو الأصحُّ عندي؛ خصوصاً علَىٰ قولنا: إنَّ المِلْكَ في الوَقْفِ زال إلى الله تعالَىٰ؛ كما لو أعْتَقَ عَبْدَهُ، فَرَدَّهُ العَبْدُ ـ: لا يرتدُّ العتق.

وإنْ[6] كان الوقْفُ معلومَ الطَّرفَيْن مجهولَ الواسِطَة ـ: يرتب علَىٰ ما لو كان مَعْلُومَ ٱلابتداءِ مجهولَ الانتهاءِ: إن قلنا: هناك: يصحُّ فَهَهُنَا أَوْلَى وإلا فوجهان، والأَصَحُّ: جوازه.

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ: وجهان.
(٣) في د: وإن كان.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: لم يمت.
(٦) في د: فإن.

فعلَىٰ هذا: إذا انقرضَ الأوَّلُ ـ: صُرِفَ إلى أقْرَبِ الناسِ بالمَحْبِسِ، ثم بَعْدَهُمْ: إلى من سمَّاهُ في ٱلانتهاءِ، وإنْ كان مجهولَ الطرَفَينِ معلُومَ الواسطةِ ـ: يُرَتَّبُ على معلومِ ٱلابتداءِ، إنْ قلنا ثُمَّ: لا يجوزُ فَهَهُنَا: أولىٰ؛ وإلا فوجهان، وإن جوَّزنا ـ: ففي الحالِ: إلَىٰ مَنْ يُصْرَفُ؟ فعلَىٰ ما ذكرنا مِنَ ٱلاختلافِ، فحيث قلْنا: يُصْرَفُ إلى أقرب الناسِ بالمحبِسَ ـ: هلْ يختصُّ به فقراؤُهُم أم يُسَوَّىٰ بين الفُقَرَاءِ، والأغنياءِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يُسَوَّىٰ بَيْنَ الكُلِّ؛ لأنَّ الكُلَّ في القربِ مِنْهُ سَوَاءٌ.

والثاني: يُصْرَفُ إلَى المحاوِيجِ مِنْهُم، لأنَّ العادَةَ جَرَتْ أَنَّ الإنْسَانَ يتصدَّق على فقراءِ أقارِبِهِ، وهو لو وَقَفَ داراً على زَيْدٍ شهراً؛ علَىٰ أنَّهُ تَعُودُ ملكاً له بَعْدَ الشهرِ ـ: فالمذهَبُ: أنه لا يصحُّ، لأنَّ شرط الوَقْفِ، وهو التأبيدُ ـ: لم يوجَدْ.

وفيه قولٌ آخَرُ: أنه يصحُّ، لأنَّهُ رَضِيَ بزوالِ مِلْكِهِ في الحالِ؛ فعلَىٰ هذا: ما حُكْمُهُ بعد مضيِّ الشَّهْرِ؟ فيه قولانِ:

أحدهما: حُكْمُهُ حكمُ ما لو كانَ مَعْلُومَ الابتداءِ مجهولَ ٱلانتهاء؛ فبعد ٱنقراضِ المعلومِ: يصرَفُ إلى أقْربِ النَّاسِ بالمحبسَ.

والثاني: يَعُودُ بَعْدَ مضيِّ الشَّهْرِ إلَىٰ مِلْكِ الواقِفِ؛ كما لو أَجَرَ، أَوْ أعار دارَهُ مدَّةً، فبعد مضيِّ المدة: تَعُودُ إليه.

ولو وَقَفَ داراً عَلَىٰ زيدٍ وعمْرٍو، ، ولم يَقُلْ بعدهما علَىٰ مَنْ، وَجَوَّزنا، فمات أحدُهُما، ففي نصيبِ المَيِّت قولان:

أحدهما: يَكُونُ للآخِرِ، فما دَامَ أَحدُهُمَا موجوداً ـ: فلا يُصْرَفُ إلىٰ غيرهما.

والثاني: حُكْمُ نصيبِ المَيِّت حكْمُ نصيبهما، لو ماتا جميعاً، وإذا جعل آخِرَ وَقْفِهِ الفقراءَ أو المساكِينَ ـ: جاز، وكذلك: القَنَاطِرُ والرِّبَاطَاتُ[1]، ولو جَعَلَ آخِرَهُ مساجِدَ معيَّنَةً أو قناطِرَ أَوْ رِبَاطَاتٍ معيَّنَةً ـ: فَقَدْ قِيلَ: يجوزُ؛ كما لو جعل آخِرَهُ الفقراء.

وقيل: هو كما لو كَانَ الوَقْفُ منقطِعَ ٱلانتهاءِ؛ لأنَّ المسجِدَ المعيَّن قد يخرب، والفقراء لا يعدمون.

فَصْلٌ فِي أَلْفَاظِ الوَقْفِ

وهي ثلاثة:

الوقْفُ، والتَّحْبيسُ، والتَّسْبيلُ؛ وهي صرائحُ، قال النبيُّ ـ ﷺ ـ: «حَبِّس الأَصْلَ، وَسَبِّل

(١) الرِّباطَاتُ: جمع رباطٍ؛ وهو ما يسكنه النُّسَّاك والعُبَّادُ ينظر: النظم المستعذب ٢/ ٣٢٥.

الثَّمَرَة»[1] فإذا قال: وَقَفْتُ دارِي على الفُقَرَاءِ، أو: حَبَسْتُ أو: سَبَّلْتُ، أو: دَارِي هذه موقُوفَةٌ، أو مُحَبَّسَةٌ، أو مُسَبَّلَةٌ، أوْ حَبْس ثم الوقف.

ولفظُ «الصَّدَقَةِ» كنايةٌ، لأنَّهُ يُسْتَعْمَلُ في غير الوَقْفِ؛ فلا[2] يحصُلُ الوَقْفُ بقوله: تَصَدَّقْتُ؛ حتى يَنْوِيَ، أو يقولَ: صَدَقَةٌ موقوفَةٌ، أو مُحَبَّسَةٌ، أَوْ مُسَبَّلَةٌ، أَوْ صَدَقَةٌ مؤبَّدةٌ، أو محرَّمةٌ، أو صَدَقَةٌ لا تُبَاعُ، ولا توهَبُ، ولا تُورَثُ؛ لأن هذه اللَّفْظَةَ مع هذه القرائِنِ ـ: لا تحتملُ إلاَّ الوَقْف.

أما لَفْظُ «التأبيد» و«التحريم» بأنْ يقولَ: حَرَّمْتُ هذه الدارَ، أَوْ: أَبَّدتُّ، أو: داري هذه محرَّمَةٌ مؤبَّدة ـ [هل يكونُ صريحاً في الوَقْف؟ فيه وجهان:

أحدهما][3]: يكُونُ صريحاً؛ كما لو قَالَ: صدقَةٌ محرَّمةٌ أو مؤبَّدَةٌ.

والثاني: لا يكُونُ صريحاً إلاَّ بإحْدَى القرائِنِ؛ لأنَّهُ لم تَثْبُتْ في عُرْفِ الشَّرْعِ، ولا في عُرْفِ اللغة.

ولا يَحْصُلُ الوَقْفُ إلا باللفظ؛ فإنَّ مَنْ بَنَىٰ مسجداً، أَوْ صَلَّى فيه، أَوْ أَذِنَ للناسِ بالصَّلاة فيه، أو جَعَلَ أَرْضاً مَقْبُرةً وأَذِنَ للناسِ بالدَّفْنِ[4] فيها ـ: لا يحصل[5] الوقف؛ كما لا يَحْصُلُ العِتْقُ إلاَّ باللفظ.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: إذَا أَذِنَ للنَّاس بالصَّلاة في المسجِدِ، أو بالدَّفْنِ في الأرضِ، فدفن واحدٌ ـ: زَالَ ملكُهُ، ويلْزَمُ الوقْفُ بنفسه من غَيْرِ تسليمٍ، ولا قضاءِ قاضٍ.

ولا يجوزُ بَيْعُهُ ولا هِبَتُهُ.

ولا يجري[6] فيه الإرْثُ، ولا يجوزُ تَغْيِيرُهُ عَنْ شَرْطِ الواقفِ؛ فتكونُ منفعةُ الوَقْف للمَوْقُوفِ عليه؛ فيبذل مِنْ غَلَّته لعمارَتِهِ، شَرَطَ الواقفُ أَوْ لَمْ يَشْرِطْ؛ لأنه لا يبقَىٰ مِنْ غير عِمَارَةٍ، ثُمَّ يُصْرَفُ الفَضْلُ[7] إلى الموقوف عليه.

ورَقَبَةُ الوقْفِ لِمَنْ تكُونُ؟ فيه أقْوالٌ:

أصحُّها: وهو المذهَبُ ـ: زوالُ المِلْكِ عَنْهُ إلى الله تعالىٰ؛ كما في العِتْقِ: يَزُولُ المِلْكُ عن رقبة العبدِ إلى الله تعالىٰ، والمنفعةُ للعتيق.

والثَّاني: المِلْكُ للمَوْقُوفِ علَيْه؛ لأنَّ العَقْدَ وَرَدَ علَىٰ رقبةِ المَالِ، فيوجِبُ زَوَالَ ملكِهِ؛ كما لو باعه.

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) في د: ولا.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: بالصلاة.
(٥) في أ: يصير.
(٦) في د: يجوز.
(٧) في د: الفاضل.

والثالثُ: للواقِفِ؛ كأنه بالوَقْفِ حَبَسَهُ على حُكْمِ ملكه؛ ولذلك سُمِّيَ حَبْساً، وهَذَا ضعيفٌ، وبَعْضُنَا يُنكِرُ هذا القَوْلَ.

وإذا وقف علَىٰ مَسْجِدٍ، أو رِبَاطٍ، أو عَلَىٰ جماعة غير متعيِّنين ـ: يلزَمُ مِنْ غير قبول.

فإنْ قال: جعلْتُ هذا المَكَانَ مَسْجداً ـ: لا يصيرُ مَسْجداً؛ لأنَّه لم تُوجَدْ ألفاظُ الوَقْفِ؛ تَفَرَّدَ القاضِي بهذا الفَرْعِ.

فإنْ قال: جعلْتُهُ للمسجِدِ ـ: فهو تمليكٌ للمسجِدِ، ويُشْتَرَطُ قَبُولُ القيِّم وقبْضُهُ؛ كما لو وهب لصبيٍّ شيئاً ـ: يشترطُ قبولَ قَيِّمِهِ.

ولو وَقَفَ عليه ـ: يلزمُ بلا قبول[1].

ومِنْ أصحابنا مَنْ قال: إذا وَقَفَ علَىٰ رَجُلٍ مُعَيَّنٍ، أو على جماعةٍ معيَّنين بشرطِ قبولِهِمْ، ويرتدُّ بردِّهم.

قال الشيخُ ـ رحمه الله ـ ويحتَمَلُ ألاَّ يشترط قَبُولُهُمْ، ولا يرتدُّ بِرِدِّهِمْ؛ لأنَّهُ بمنزلة عِتْقِ العَبْدِ، والعِتْقُ لا يرتدُّ بردِّ العَبْدِ، ولا قَبُولُهُ شَرْطٌ، وهذا هُوَ الأصحُّ عندي خصوصاً علَىٰ قولِنَا: إنَّ المِلْكَ من رقبةِ الوَقْفِ يزولُ إلى الله، عزَّ وجل.

ونفقة العَبْدِ الموقوفِ تكُونُ في كَسْبه، إن كان كَسُوباً، وإنْ لم تَكُنْ له كَسْبٌ على مَنْ يجبُ؟ يبنَىٰ علَىٰ أقْوَالِ المِلْكِ؛ إنْ قلنا: المِلْكُ للموقُوفِ علَيْهِ ـ: فنفقته علَيْهِ، وإن قلْنَا للواقفِ ـ: فعليه إنْ كان حَيّاً، فإن مات، أو قلنا: زالَ المِلْكُ إلى الله تعالى ـ: فنفقتُهُ في بَيْتِ المال؛ كما لَوْ أعْتَقَ عبداً، ولا كَسْبَ له ـ: تكونُ نفقتُهُ في بَيْت المالِ، ولا تجبُ فِطْرَتُهُ علَىٰ [أحد، على][2] الأقوالِ كلِّها؛ كما لو اشترى قَيِّمُ المَسْجِدِ للمسجِدِ عَبْداً ـ: تكُونُ نفقتُهُ في غَلَّة المسجِدِ، ولا تَجِبُ فطرتُهُ علىٰ أحدٍ؛ بخلاف ما لو وقَفَ نَخْلَةً علَىٰ جماعةٍ معيَّنين ـ: كانَتْ ثمرتها لَهُمْ، وعلَيْهمْ زكاتها؛ لأنَّ الزكاةَ ـ هُنَاكَ ـ تجبُ من الثمارِ، وهي مملوكةٌ لَهُمْ، وصدَقَةُ الفِطْرِ: تجبُ في الرقبةِ، والرَّقَبَةُ غَيْرُ مملوكة لهم حقيقة ملكٍ.

ولو جَنَى العَبْدُ الموقوفُ جناية موجبةً للقصاصِ ـ: فللمجنيِّ عليه أن يقتصَّ: فإن[3] عفا علَىٰ مالٍ، أو كان موجباً للمالِ؛ فلا يمكنُ بيعُهُ في الجنايةِ ـ فعلى مَنْ يجبُ الضَّمَانُ:

إنْ قلنا: الملكُ للموقوفِ عَلَيْهِ: فعليه أقَلُّ الأمْرَيْن من قيمتِهِ أو أرْشِ جنايتِهِ، وإن قلنا: للواقِفِ ـ: فعليه، وإنْ قلنا: زال إلى الله تعالَىٰ ـ: فعلىٰ ثلاثة أوجه:

---

(١) في أ: بالقبول.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: فلو.

أحدها: يَجِبُ في بيت المالِ؛ لأنّه ليس بملكٍ لأحَدٍ.

والثَّاني: تكونُ من كَسْبه؛ لأنّه كان في مَحَلَّةِ الرقبةِ، والكَسْبُ مستَفَادٌ منها.

والثالثُ: وهو قَولُ أبي إسْحَاق، وهو الأصحُّ ـ: يكونُ عَلَى الواقِفِ؛ لأنّه منع مِنْ بيعها بالوَقْفِ؛ كما لو جَنَتْ أُمُّ الولد: يجبُ على السَّيِّد أرْشُ الجنايةِ؛ لأنَّه منع مِنْ بيعها بألاستيلادِ.

ولو قتل العَبْد الموقوف ـ ينظر: إن قتله أَجْنَبِيٌّ أو الواقِفُ ـ: يؤخَذُ منه قيمتُهُ، ويشترى بها عبداً آخَرَ يوقَفُ مكانَهُ، علَى الأقوال كلِّها:

وقيلَ: إذا قُلْنا: الملْكُ في رقبته للموقوف عَلَيْهِ ـ: تكونُ القيمةُ له ملكاً؛ كالكَسْبِ، ولَيْسَ بصحيحٍ؛ لأنّه تعلَّقَ به حَقُّ البَطْنِ الثاني؛ فلا يجوزُ إبْطَالُهُ وإنْ قَتَلَهُ المَوْقُوفُ عليه: إن قلنا: إذا قتله أجنبيٌّ تكونُ القيمةُ له ـ: فلا تجبُ علَيْه القيمةُ، وإنْ قلنا: يشتري بها عبداً آخر ـ: فتؤخَذُ منه القيمةُ، ويشتري عبداً آخر؛ فيوقف مكانَهُ؛ وهو المذهب.

ولو قطع طَرْف منه ـ: ففي الأرش وجهان:

أحدهما: يكُونُ للمَوْقُوفِ عليه، كالكَسْبِ.

والثاني: وَهُوَ كالأصْل ـ: يشتري به شقْص عَبْدٍ، فيوقَفُ، وهَلْ يجوزُ تزويجُ الجارية الموقوفةِ؟ فيهِ وجهان:

أَحَدُهُمَا: يَجُوزُ؛ لأنّه عَقد عَلَىٰ منفعتها؛ كما يجوزُ إجَارَتُهَا.

والثَّاني: لا يَجُوزُ، لأنَّ التَّزْوِيجَ يَنْقُصُ قيمتها؛ فربَّما تَحْبَلُ، فتهلك في الولادةِ، فيدخل الضَّرَرُ علَىٰ مَنْ بعدها، وإنْ جَوَّزنا تزويجها، فمَنْ يزوِّجها؟:

إنْ قلنا: المِلْكُ فيها للموقُوفِ عليه ـ: ينفرد هُوَ بتَزْويجها، وإن قلنا: للواقِفِ ـ: زوَّجها الواقِفُ بإذن الموقوفِ عَلَيْه، وإنْ قلنا: زال إلى الله تعالى: زوَّجها الحاكمُ بإذْنِ الموقُوفِ عليه، وشَرَطْنَا إذْنَ الموقوفِ علَيْه؛ لأنَّ له حَقًّا في منافعها، ويكون المَهْرُ للموقوفِ عَلَيْهِ؛ على الأقْوَال كلِّها؛ كالكسَب.

وإذا أتَتْ بولدٍ مِن زَوْج أو زِناً، وكان الموقوفُ بهيمةً، فولدَتْ ـ: ففي الولد وجهان:

أحدهما: يكُونُ للموقوفِ علَيْه ملكاً؛ لأنَّه من منافعها؛ كالكَسْبِ، وَلَبَنُ البهيمةِ وصوفُهَا كلُّهُ[1] يَكُونُ للموقوفِ عَلَيْه.

والثَّانِي: الولَدُ يكُونُ وَقْفاً، كالأُمِّ وَوَلَد أُمِّ الوَلَدِ يكونُ في معنى الأُمِّ.

---

(١) في أ: كلها.

ولا يجوزُ وطء الجاريةِ المَوْقُوفة لا للوَاقِفِ، ولا للموقُوفِ عليه، كما لا يَجُوزُ للأجنبيِّ، لأَنَّهُ لَيْسَ لهما حقيقةُ ملكٍ، فلو وُطِئَتِ الجاريةُ الموقوفةُ ـ نُظِرَ: إنْ وطئها أجنبيٌّ ـ: عليه الحَدُّ، إن كان عالماً؛ كما لو وطـأ جاريةَ الغيرِ، والوَلَدُ رقيقٌ؛ كما ذكرنا.

وإن وَطِئَهَا بشبهةٍ ـ: فلا حَدَّ، ويجبُ المَهْرُ، ويكون للموقُوفِ عليه؛ كالكَسْبِ، فإن ٱستولدها ـ: فالولَدُ حُرٌّ، وعليه قيمتُهُ، ثم إنْ جعلنا الولَدَ كالكَسْبِ ـ: تكونُ القيمةُ[1] للموقُوفِ: [عليه][2]، وإن جعلْنَاهُ كالأُمِّ ـ: يشترِي بتلك القيمة عَبْدٌ، فيوقَفُ.

ولو وَطِئَهَا الموقوفُ علَيْه عالماً ـ: فقد قيلَ: لا حَدَّ عليه؛ لأنَّه يملكُهَا في قَوْلٍ، وفي قولٍ: له شبهةُ الملكِ.

والصحيحُ: أنَّه يبنَىٰ عَلَىٰ أَقْوَالِ الملكِ: إنْ قُلْنَا: المِلْكُ له ـ: لا حَدَّ عليه؛ وإلاَّ فيجبُ؛ لأنَّ ملْكَ المنفعةِ لا يُوجِبُ سقُوطَ الحَدِّ؛ كما لو ٱستأجر جاريَةً لعملٍ، فوطئَها ـ: يجبُ الحدُّ، ولا مَهْر، وإذا[3] ٱستولَدَهَا ـ: فالولَدُ رقيقٌ: مِلْكٌ أو وَقْفٌ؛ على ٱختلاف الوجهَيْن، وإنْ وطئها بالشبهة ـ: فلا حَدَّ ولا مَهْرَ عليه؛ لأنَّ المَهْرَ بمنزلةِ الكَسْب، وكَسْبُهَا له، فإن ٱستولَدَهَا ـ: يكونُ الولدُ حُرّاً، وهَلْ تؤخَذُ قيمتُهُ؟ إنْ قلنا: الولدُ كالكَسْب ـ: لا يؤخَذُ، وإنْ قلنا: بمنزلةِ الأُمِّ ـ: تؤخذ قيمتُهُ فيشتري به عَبْدٌ آخر، فيوقَفُ، وإنْ جعلنا المِلْكَ للموقوفِ عَلَيْهِ ـ: يصيرُ أُمَّ ولد لَهُ، يَعْتِقُ بِمَوْتِهِ، ثُمَّ يَكُونُ كَفِيلَهَا، وتؤخَذُ القيمةُ مِنْ تركتِهِ، فيشترِي جاريةً أخرىٰ توقَفُ.

وإنْ وطئها الواقفُ عالماً: إن قلنا: المِلْكُ له: لا حَدَّ عليه، وعليه المَهْرُ للموقوفِ عَلَيْه، وإن ٱستولدها تصيرُ أُمَّ ولدٍ له، تعتقُ بمَوْته، فتؤخَذُ القيمةُ مِنْ تركته؛ فيشتري بها جاريَةً أخرَىٰ، فتوقف عليه، وإن قلنا: ليس المِلْكُ له ـ: عليه الحَدُّ، والمَهْرُ، وإذا ٱستولدها: فالولَدُ رقيقٌ: وَقْفٌ، أو ملك؛ على اختلاف الوجهَيْنِ، ولا تصيرُ الجاريةُ أُمَّ ولدٍ له، وإن وطئها جاهلاً ـ: فلا حدَّ، وإذا ٱستولدها ـ: فالولَدُ حُرٌّ ثابتُ النسبِ، وَعَلَيْهِ قيمتُهُ، ويكونُ ملكاً للموقوفِ عليه، أو يشتري بها عبداً، فيوقَفُ؛ على ٱختلافِ الوجْهَيْنِ، وإنْ جعلنا المِلْكَ للواقِفِ ـ: تصيرُ الجاريَةُ أُمَّ ولد له، تعتق بموتِهِ؛ فتؤخذ القيمةُ مِنْ تركته، فيَشْتَرِي بها جاريةً تُوقَفُ.

ولو أَعْتَقَ العَبْدَ الموقوفَ: لا يَعْتِقُ على الأقوالِ كلِّها، سواءٌ أعتَقَهُ الواقفُ أو الموقوفُ عَلَيْهِ؛ لأنَّا ـ وإنْ قُلْنا: المِلْكُ لأحدهما ـ فَهُوَ مِلْكٌ ضعيفٌ.

---

(١) في د: قيمته.

(٢) سقط في د.

(٣) في د: وإن.

فَصْلٌ في مُرَاعَاةِ شَرْطِ الوَقْفِ

يجبُ مراعاة شَرْطِ الوَاقِفِ فِي الوَقْفِ، فَتُصْرَفُ الغَلَّةُ إلى المَوْقُوفِ علَيْهِمْ علَىٰ شَرْطِهِ مِنَ التَّسْوية والتَّفْضِيلِ، والجَمْعِ والتَّرْتِيبِ، فإن قال: وَقَفْتُ هذا على أولادي ـ: دَخَلَ مِنْ ولده فيه الذَّكَرُ والأنثىٰ والخُنْثَىٰ؛ لأنَّ الكُلَّ ولدُهُ، وهَلْ يدخُلُ فيه ولَدُ الوَلَدِ؟ فعلىٰ وجهين:

أصحهُّما: لا يَدْخُلُ؛ لأنَّ إطلاقَهُ يتناوَلُ وَلَدَ الصُّلْب.

والثاني: يدخُلُ؛ لأنَّ الشافعيَّ ـ رضي الله عنه ـ نصَّ علَىٰ أنَّه لو أوصَىٰ لإنسانٍ بمثْلِ نصيب أحدِ أولادِهِ، وله بنتٌ وبنْتُ ٱبْنٍ ـ: يصرَفُ إلَيْهِ السُّدُسُ، فجعل ولد ٱلابن ولداً.

ولو قال: علَىٰ أبنائي ـ: يصرف إلَى الذُّكُورِ دُونَ الإنَاث، ولا يدخُلُ فيه الخنثى المُشْكَلُ؛ لأنَّا لا نعلمَ أنَّه ٱبْنٌ، ولا يدخُلُ فيه أولادُ البَنَات، وهل يدخُلُ فيه بنو البَنِينَ؟ فعلى الوجْهَيْنِ.

ولو قال: علَىٰ بناتي ـ: يصرَفُ إلى الإناثِ دون الذكور، ولا يدخُلُ فيه الخنثَى المُشْكِلُ؛ لأنَّا لا نعلَمُ أنَّه من البناتِ، ولو وقف على البنين والبنات، هل يدخل الخنثىٰ المُشْكل فيه وجهان:

أحدهما: لا يَدْخُلُ؛ لأنهُ لا [يُعَدُّ من البنين ولا مِنَ البناتِ][1].

والثاني: يَدْخُلُ؛ لأنَّه لا يخلُو مِنْ أَنْ يَكُونَ ٱبناً أوْ بنتاً، وهذا أصحُّ.

ولو قَالَ: علَىٰ أولادِي وأولادِ أوْلاَدِي ـ: دخل فيه أولادُ البنينَ والبَنَاتِ مِنَ الذُّكُورِ والإناثِ والخَنَاثَىٰ.

ولو قَالَ: عَلَى أولادِي، ولا وَلَدَ له، أو قَالَ: عَلَىٰ أولادِي الَّذِين يَحْدُثُونَ ـ: لم يصحَّ؛ هذا هو المنصوصُ في عامَّة كتبه.

ولو قَال: عَلىٰ أولادِي، ولَهُ أولادٌ، وحَدَثَ بعده آخَرُونَ ـ: يُصْرَفُ[2] إلى المَوْجُودِينَ والَّذِين حَدَثُوا جميعاً.

وكذلك: لو قَالَ: عَلَىٰ عشيرَتِي، وله عشيرَةٌ، وحدث في عشيرَتِه واحدٌ ـ: صُرِفَ إلى الكُلِّ.

وقال البُوَيْطِيُّ ـ رحمه الله ـ في العشيرة: لا يُصْرَفُ إلى الحَادِثِ، ولعلَّهُ يقُولُ في الولدِ كذلك.

---

(١) في د: يخلو إما أن يكون ابناً أو بنتاً.
(٢) في د: صرف.

أمَّا إذا قال: عَلَىٰ أولادِي الموجُودِينَ، وعلَىٰ مَنْ يحدث ـ: صَحَّ الوقْفُ على الكُلِّ؛ كما لو قال: وقَفْتُ هذا علَىٰ مسجدٍ ليس مَبْنِيًا[١]: لا يصحُّ الوَقْفُ على ظاهرِ المَذْهَبِ، فإنْ قال: عَلَىٰ مسجدِ كذا، وعلى كلِّ مسجدٍ يبنى في تلْكَ المَحَلَّةِ ـ: صَحَّ علَى الموجودِ، وعلىٰ ما يبنى بعده.

ولو قَالَ: على أولادي، وله أولادٌ، وحَمْلٌ في البَطْنِ، فأنْفَصَل ـ: يستحقُّ الحَمْلُ مما يَحْدُثُ مِنَ الغَلَّةِ بعد أنفصالِهِ دُونَ ما حَدَثَ مِنْ قَبْلُ، حتَّىٰ لو كان الموقُوفُ نَخْلَةً، فخرجَتْ ثمرتُهَا قَبْلَ خروجِ الحَمْلِ من البطنِ، ثم خَرَجَ ـ: لا يكُونُ له مِنْ تلْكَ الثمرةِ نصيبٌ.

ولو نَفَىٰ بعْضَ أولادِهِ باللِّعَانِ ـ: فلا نصيبَ لَهُمْ في الوَقْفِ، وإنِ أستلْحَقَهُمْ بعد ما نفاهُمْ ـ: دخلوا في الوَقْفِ.

ولو قال: وقفتُ علَىٰ، نَسْلي أو عَقِبِي أو ذُرِّيَّتِي ـ: دخَلَ فيه أولادُ البَنِينَ وأولادُ البناتِ، قَرُبُوا أو بَعُدُوا؛ لأنَّ الكلَّ نَسْلُهُ وعَقِبُهُ وذُرِّيَّتُهُ؛ قال الله تعالَىٰ: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ وَأَيُّوبَ وَيُوسُفَ...﴾ [الأنعام: ٨٤] الآيات؛ جعل هؤلاء مِنْ ذرِّيَّةِ إبراهيمَ، وهُمْ كانوا أولادَ الأولادِ.

ولو وَقَفَ علىٰ أولادِ أولادِهِ الَّذِينَ يُنْسَبُونَ إليه ـ لا يدخُلُ فيه أولادُ البناتِ، ويدخُلُ فيه أولادُ البَنِينَ مِنَ الذُّكور دُونَ الإناث.

ولو قالَ: عَلَىٰ عِتْرَتي[٢]: قال ابنُ الأعرابيِّ وثعلبٌ: هم ذرِّيَّتُهُ، وقال القُتَيْبِيُّ: هم عَشِيرَتُهُ.

ولو قال: علَىٰ عشيرتي ـ: فهم قرابته.

ولو قال: وقفتُ هذا علىٰ أولادِي، فإن أنقرضَ أولادِي وأولادُ أولادِي ـ فعلى الفقراء ـ: فَقَدْ قيلَ: يدخلُ فيه أولادُ الأولادِ؛ لأنَّه لما شرط أنقراضَهُمْ ـ: دَلَّ أنَّهم مُسْتَحِقُّونَ، والصحيحُ: أن هذا وَقْفٌ منقطعُ الواسطةِ؛ لأنَّه لم يَشْرِطْ لولد الولد شيئاً، وشَرَطَ أنقراضَهُمْ؛ لاستحقاقِ غَيْرِهِمْ؛ فالوقفُ يكونُ صحيحاً؛ على ظاهر المذهب، وبعد أنقراض أولاده إلى انقراض وَلَدِ الوَلَدِ: يصرف إلى أقرب النَّاس بالمَحْبس، ثم بعد انقراض ولد الولد: إلى الفقراء.

ولَوْ وقف على قرابَتِهِ: يصْرَفُ إلى جميعِ مَنْ يُعْرَفُ بقرابته؛ يُسَوَّىٰ بين القريب والبعيد،

---

(١) في أ: ليس يمين.

(٢) العِتْرَةُ: نسل الرَّجُلِ ورَهْطُهُ وعشيرته المعجم الوسيط ٢/٥٨٨.

والفَقِير والغَنِيِّ، والذَّكر والأنثىٰ؛ فإن كان أَعْجَمِيًّا ـ: يصرَفُ إِلَىٰ أقاربه مِنْ قِبَلِ الأبِ والأمِّ[1]، وإن كان عَربِيّاً ـ: فوجهان:

أصحُّهما: يُصْرَفُ إِلَىٰ أقاربِهِ مِنْ جهة الأبِ؛ لأنَّ العَرَبَ لا تَفْهَمُ مِنْ مطلق اسْمِ القرابَةِ، إلاَّ قرابَةَ الأَبِ؛ لأنَّ العَرَبَ تفتَخِرُ بآبائها، ويُصْرَفُ إلىٰ أَخَصِّ أقاربه، فإن وقف على أقارب الشافعيِّ ـ: يصرَفُ إِلَىٰ أولادِ شافِعٍ، ولا يصرَفُ إلى أولادِ عَلِيٍّ والعَبَّاسِ، وإنْ كانوا جميعاً من أولادِ السَّائِبِ بْنِ يَزِيدَ؛ لأنَّهُ يُعْرَفُ قريبه مَنْ يشاركه في الانتساب إلىٰ أَبٍ يُعْرَفُ به، فإنْ حَدَثَ قريبٌ بَعْد الوَقْف ـ: دخَلَ فيه معهم، ولو وقف على أقْرَبِ الناسِ إليه فيستوي الأولادُ ذكُورُهُمْ وإناثُهُمْ، ويقدَّم الولدُ علَىٰ وَلَدِ الولدِ، ويسوَّىٰ بَيْنَ وَلَدِ الولدِ مِنْ أولادِ البَنِينَ والبَنَاتِ، ويستوي الأبُ والأمُّ: فإنْ كان له أبٌ أو أمٌّ وولَدٌ ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: هما سَوَاءٌ؛ لأنَّهما في درجةٍ واحدةٍ في القرب.

والثاني: يقدَّم الولد؛ لأنَّ الابْنَ أقْوَىٰ تعصيباً من الأب.

فإنْ قلْنا: هم سواءٌ ـ: يقدَّمُ الأبُ على ابْنِ الابنِ، ويقدَّمُ الابْنُ على الجَدِّ، وإن قلنا ـ: يقدَّم الولَدُ ـ: فيقدَّم ابْنُ الابْنِ على الأَبِ، ويقدَّمُ الأبوانِ، والوَلَدُ على الإخوةِ، فإن لم يَكُنْ له أبوانِ، ولا وَلَدَ، ولَهُ إخوةٌ، يقدَّم الأخُ للأبِ والأمِّ على الأخِ للأبِ، وعَلَى الأخِ للأمِّ، ويستوي الأخُ للأبِ مَعَ الأخِ للأمِّ، فإنْ لم يكُنْ له إخوَةٌ ـ: صُرِفَ إلى بَنِي الإخوة على ترتيبِ آبائِهِمْ، وإنْ كان لَهُ جدٌّ وأخٌ ففيه قولان:

أحدهما: هُمَا سواءٌ.

والثاني: الأخُ يقدَّم؛ لأنَّ تعصيبه تعصيبُ الأولادِ، فإنْ قُلْنَا: هما سواءٌ ـ: فالجَدُّ أولَىٰ من ابْنِ الأخِ، والأخ أولىٰ من أبِ الجَدِّ، وإنْ قلنا: الأخُ أولىٰ: فابْنُ الأخ، وإنْ سَفَلَ، أَوْلَىٰ مِنَ الجَدِّ، فإنْ لم يكُنْ إخوةٌ ـ: صُرِفَ إلى الأعْمَامِ، وإلَىٰ أولادِهِمْ على ترتيب الإخوةِ وأولادِهِمْ، وفي العَمِّ وأبي الجَدِّ قولان: كما في الجَدِّ مع الأخِ والعَمِّ والخَالِ والعَمَّةِ والخَالَةِ سَوَاء.

وإنْ كانَتْ له جَدَّتَان؛ إحداهما تُدْلي بقرابَتَيْنِ، والأخرَىٰ بقرابةٍ واحدةٍ ـ: فالتي تُدْلي بقرابَتَيْن أَوْلَىٰ.

ولو وقف علَىٰ جماعةٍ مِنْ أقْرَبِ الناسِ إِلَيْهِ ـ: صُرِفَ إلى ثلاثةٍ مِنْ أقرب الأقارب، فإنْ وُجِدَ في الأقْرَبِ بَعْضُ الثلاثةِ ـ: تَمَّم الثلاثَ مِنَ الدَّرجةِ الأبْعَدِ، وإن وَقَفَ علَىٰ مَواليه: فإنْ كان له مولًى مِنْ أعلَىٰ ـ: صُرِفَ إلَيْه، وإنْ لم يكُنْ له مولًى مِنْ أعْلَىٰ، وله مولًى من أَسْفَلَ ـ: صُرِفَ إلَيْه، وإن كان له مَوالٍ من أعْلَىٰ ومَوالٍ مِنْ أَسْفَلَ ـ: ففيه ثلاثةُ أوجه:

أحدُهـا: يسوى بينَهما؛ لأنَّ الاسْمَ يتناوَلُهُمَا.

والثاني: يُصْرَفُ إلى المَوَالِي مِنَ الأَعْلَىٰ؛ لأن له مزيَّةً بنعمة الإعتاقِ وعُصُوبةِ الميراثِ.

والثالث: الوَقْفُ باطلٌ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ الحَمْلُ عليهما؛ لأنَّ المَوْلَىٰ في أحَدِهما بمَعْنى، وفي الآخَرِ بمعنًى، وليْسَ حمله على أحدِهِمَا أوْلَىٰ؛ فبطل.

ولو وقَفَ علىٰ جماعةٍ مَوْصُوفينَ مِنْ أولادِهِ ـ: يراعى وصْفُهُ: فإن قالَ: علىٰ أولادِي الفقراءِ ـ: دفع إلى الفقراء منهم. فَمَنْ غَنِيَ منهم ـ: خَرَجَ عَنْ الاستحقاق، وَمَنْ كان غنياً، فافْتقَرَ ـ: اْستحقَّ.

ولو قَالَ: عَلَىٰ بناتي الأَيَامَىٰ ـ: فمن تزوَّجَتْ منهُنَّ ـ: فلا حَقَّ لها فيه، وإن طَلَّقَهَا زوْجُها ـ: اْستَحقَّتْ.

ولو وَقَفَ على بَنِي فلانٍ شيئاً ـ نُظِر: إنْ كانوا محصُـوريـن ـ: صُرِفَ إِلَىٰ ذُكُورهم دُونَ إناثِهِمْ، ويجبُ تعميمُهُمْ، وإن كانُوا قبيلَةً؛ مِثْلُ بني تميمٍ وبَنِي هاشِمٍ، وجَوَّزنا الوقْفَ ـ: صُرِفَ إلى الذكورِ منْهم والإناثِ، وفي صِحَّةِ الوَقْفِ عليهم قولانِ، كما في الوصيَّة لهم:

الأَصَحُّ: جوازه، كما لو وَقَفَ على جماعةٍ موصوفِينَ؛ مِثْلُ: الفقراءِ والمساكينِ والغارِمِينَ والغُزَاةِ: يصحُّ.

وأقَلُّ ما[1] يُصْرَفُ إليهم: ثلاثةٌ، ويجبُ في الوَقْفِ مراعاةُ ترتيب الوَاقِفِ؛ فإنْ قال: وَقَفْتُ عَلَىٰ أولادِي وأولاد أولادِي مَا تَنَاسَلُوا ـ: فلا يقدَّم البعْضُ على البعضِ، بَلْ يُسَوَّىٰ بَيْنَ ولَدِ الصُّلْبِ وَوَلَدِ الولدِ وإن سَفَلُوا مِنْ أولادِ بنيهِ وأولادِ بناتِهِ، ذكوراً كانوا أو إناثاً.

ولو قال: عَلَىٰ أولادِي، ثم علَىٰ أولادِ أولادي ثم تناسلوا بطناً بعد بطنٍ، أو لَمْ يَقُلْ: بطناً بعد بطنٍ ـ: يقدَّمُ البطْنُ الأوَّلُ، وكذا البَطْنُ الثاني مع الثالثِ والرابعِ، وإن سَفَلُوا.

وكذلكَ: لو قَالَ: علَىٰ أولادِي وأوْلاَدِ أولادِي؛ الأَعْلَىٰ فالأَعْلَىٰ، أو الأقْرب فالأقْرب ـ: يراعَىٰ على الترتيبِ.

ولو قَالَ: عَلَىٰ أولادِي وأولادِ أَوْلاَدِي بَطْنَاً بعد بطنٍ ـ: يُسَوَّىٰ بين الكُلِّ، وقولُهُ: «بطناً بعد بطنٍ»: للتعميم.

وقال الزِّيَادِيُّ: يراعَى الترتيبُ، ولو قال: عَلَىٰ أولادِي، ثم عَلَىٰ أولادِ أَوْلاَدِي، وأولادِ أولادِ أَوْلاَدِي مَا تَنَاسَلوا ـ: يراعى الترتيبُ بَيْنَ البطنِ الأوَّل والثاني، ثم من بعد البَطْنِ الأوَّل: يُسَوَّىٰ بين الثاني والثالِثِ وَمَنْ بعدهم.

---

(١) في أ: من.

ولو قَالَ: عَلَىٰ زَيْدٍ وعمرو وبكرٍ، ثم عَلَى الفقراءِ، فإذا مَاتَ واحدٌ منهم ـ: صُرِفَ نصيبُهُ إلى الآخَرِينَ، فإذا مَاتَ الثَّاني ـ: صُرِفَ الكُلُّ إلى الثالثِ، وما دام واحدٌ من الثلاثة باقياً ـ: لا يُصْرَفُ شيْءٌ منه إلى الفقراءِ؛ لأنَّ شَرْطَ الانتقالِ إلى الفقراءِ انقراضُ الثلاثةِ.

ولو قَالَ وَقَفْتُ عَلَى فلانٍ وفلانٍ وفلانٍ ـ: فإذا ماتَ واحدٌ منهم ـ فنصيبه لولده، فإن لم يَكُنْ له ولد، فلأهل الوقف، فإذا مات واحد منهم، وله ولد ـ: فنصيبه لولدِهِ، ثم إذا مات آخَرُ، ولا ولد له ـ: فنصيبُهُ لذلك الولدِ وللشريكِ الثالثِ.

ولو قال: وَقَفْتُ هذا على أولادِي سَنَةً، ثم بعده للفقراءِ: [جَازَ، وصُرِفَ بعد سَنَة إلى الفقراء.

ولو قال: وَقَفْتُ عَلَى الفقراء][1] سَنَةً، ثم بعدها يُصْرَفُ إِلَىٰ أَوْلاَدِي عَشْرَ سِنِينَ، ثم بعد عشْرِ سنينَ: يُصْرَفُ إلى الفقراءِ ـ: جازَ، ويراعَىٰ شرطه.

ولا يجُوزُ تغييرُ الوقْفِ؛ فلو وقَفَ بُسْتاناً ـ: لا يجوزُ أن يُجْعَلَ داراً وَلَوْ وقف داراً ـ: لا يجوزُ أنْ تُجْعَلَ بستاناً، فلو هَدَمَ رجلٌ الدَّارَ أو قطع[2] أشْجَارَ البستان ـ: يؤخَذُ منْهُ الضَّمَانُ، فيبنى ويغرسِ وينفقه الحاكم: ولو انهدَمَ البناءُ أو انقلَعَتْ أشجارُ البساتين ـ: يشغل الأرض، فيبنى ويغرس من غلتها.

ولو وَقَفَ مَسْجداً، فَخَرِبَ أو تَخَلَّىٰ أَهْلُ المَحَلَّة: لا يجوزُ بَيْعُ تلك الأرضِ؛ لأنَّ ما زَالَ المِلْكُ عنه لِحَقِّ الله تعالى لا يعود [إلى الملك][3]؛ كما لو أَعْتَقَ عبْداً، ثم زَمِنَ، لا يرد إلى المِلْكِ، ويجوز أن يَصْرِفَ ما بقي من الآتِ ذلك المَسْجِدِ إلى عِمَارَةِ مَسْجِدٍ آخر، ولا يجوز أن يَصْرِفَ إلى عمارة حَوضٍ أو بِئرٍ، وكذلك البِئرُ الموقوفة إذا خَرِبتْ يَجُوزُ صَرْفُ أَجُرِّهَا إلى عمارة بِئرٍ أخرى، أو حوض، ولا يجوز أن يصرف إلى عمارة مَسْجِدٍ؛ لأن شَرطَ الواقف يراعي ما أمكن؛ وكل ما اشْتَرَى للمسجد مما يحتاج إليه من الآجُرِّ والطِّينِ والحَصِيرِ، والحشيش ـ لا يجوز بيْعُ شيءٍ منها، وكلها في حكم المسجد؛ لأنها صارت كَجُزْءٍ من أجزائه. فإن بَلِيَ شِيْءٌ منها؛ بحيث لا يحتاج إليه المسجد؛ كالسُّقُوفِ العَفِنةِ[4]، والحصر البَالِيَة ـ هل يجوز بَيْعُهَا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز، ويصرف ثَمَنُهَا إلى المَسْجِدِ؛ لأنها لو تُرِكَتْ لضاعت.

والثاني: وهو الأَصَحُّ ـ: لا يَجُوزُ؛ كما لا يجوز بَيْعُ أَرْضِ المَسْجِدِ، وكذلك أَسْتَارُ الكَعْبَةِ إذا لم يَبْقَ فيها مَنْفَعَةٌ، ولا جَمَالٌ ـ هل يجوز بَيْعُهَا، وصرف ثمنها إلى ستر آخر؟ فيه

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ: قلع.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: والعقد.

وجهان: [وكذلك لو وقف شجرة فجفت أو بهيمة فزمنت هل[1] يباع فيه وجهان] أصحهما: لا [يجوز] كالمسْجِدِ.

والثاني: يباع[3]؛ لأنها تَضِيعُ، وأرض المسجد يمكن الصلاة فيها، وتقبل العمارة ولو وقف مرجلاً فتلف في يد الموقوف عليه مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ ـ لا ضَمَانَ عليه؛ لأنه مستحقٌّ للانتفاع به؛ كالمستأجر ـ فلو كَسَرَه إِنْسَانٌ أخذ الضَّمَانَ، وأنفق على إصلاحِهِ. وإن انكسر، فإن تبرع رَجُلٌ بإصلاحه وإلاَّ يُتَّخَذُ منه مِرْجَلٌ أصغر فينفق الفَضْل على إصْلاَحِهِ؛ فإن لم يمكن أن يُتَّخَذَ منه مِرْجَلٌ، يتخذ ما أمكن من مَغْرفةٍ أو نحوها.

ولو وُقِفَتْ شَجَرَةٌ على إنسان؛ هل يجوز قَطْعُ أغْصَانِهَا، وبيعها؟ قال ابن سُرَيْجٍ: إن وقف أصل الشجرة دون الأغصان، فالأغصان كالثمار؛ يجوز بيعها، وإلاَّ فالغُصْنُ كأَصْلِ الشجرة. ولو وُقِفَ شيء على المسجد، يُصْرَفُ إلى عمارته، ولا يصرف إلى الحَصِيرِ والدُّهْنِ؛ لأنه ليس من المسجد؛ فإن وقف على مَصْلَحَةِ المسجد، يجوز صرفه إلى الحصير والدُّهن والفُرُش، ولا يجوز تنقيش المَسْجِدِ من شيء وُقِفَ على المسجد، أو جعل للمسجد، ويجوز التَّجْصِيصُ إن كان فيه إحكام.

ولو وقف ثَوْراً للإنزاء، جاز، ولا يجوز استعماله في الحَرْثِ. ولو وقف دَابَّةً على رجل؛ للركوب؛ ولم يجعل له دَرَّهَا، وَوَبَرَها ـ فحكم الدَّرِّ والوَبَرَ حكم ما لو وَقَفَ شَيْئاً على زَيْدٍ؛ ولم يقل بعده عَلَى مَنْ.

قال الشيخ رحمه الله: ينبغي أن [يكون القَيِّم في الوقف][4] هو الواقف؛ فإن عُمَرَ ـ رضي الله عنه ـ [كان يلي صدقته.

فإن مات وقد نصب قَيِّماً، فقَيِّمُهُ أَوْلَىٰ بالقيام عليه فإن عمر ـ رضي الله عنه][5] جعل أمر صدقته إلى حَفْصَةَ ـ رضي الله عنها ـ فلو جعل للقيم سَهْماً من الغَلَّةِ، يجوز وإن لم ينصب قَيِّماً؛ نظر: إن كان وقف على جماعة غير مُتَعَيِّنِينَ؛ كالفقراء والمساكين، أو على مسجد أو رِبَاطٍ ـ فأمره إلى الحاكم وإن وقف على مُتَعَيِّنِينَ: فإن قلنا: المِلْكُ في رقبة الوَقْفِ للواقف، أو زال إلى الله ـ تعالى ـ فأمره إلى الحَاكِم.

وإن قلنا: المِلْكُ للموقوف عليه، فأمره إلى المَوْقُوفِ عليه.

ولو جعل الوَاقِفُ النَّظَرَ فيه إلى عَدْلَيْنِ من وَلَدِهِ ـ كان ذلك إليهما ـ فإن لم يكن فيهم إلاَّ

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ، ظ.
(٣) في د: لا يباع.
(٤) في أ: يكون للواقف والقيم في الوقف.
(٥) سقط في أ.

عَدْلٌ واحد ـ ضم الحَاكِمُ إليه عَدْلاً آخَرَ؛ لأن الوَاقِفَ لم يَرْضَ فيه بِرَأْيِ وَاحِدٍ. فلو اختلف[1] أَرْبَابُ الوقف في شرائط الوقف ـ رجع إلى الواقف إن كان حَيّاً، وإن لم يكن حَيًّا جعل بينهم بالتسوية والله أعلم.

بَاب: الْهِبَاتِ[2]

رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ ـ رَضِي الله عنها ـ عَنِ النَّبِيِّ ـ ﷺ ـ قَالَ: «تَهَادَوْا؛ فَإِنَّ الهَدِيَّةَ تَذْهَبُ بِالضَّغَائِنِ»[3].

---

(١) في أ: احتار.

(٢) الهبة لغة مأخوذة من وَهَب يقال: وهب يَهَبُ وهباً ووهباً وهبة، والاسم: الموهب والموهبة، ولا يقال: وهبكه، هذا قول سيبويه وحكى السِّيْرَافي عن أبي عَمْرو أنه سمع أعرابياً يقول لآخر: انطلق معي أهبك نبلاً.

ووهبت له هبة وموهبة ووهباً ووهباً إذا أعطيته، ووهب الله له الشيء، فهو يَهَبُ هبةً، وتواهب الناس بينهم، أي: يهب بعضهم بعضاً، وهي في الأصل مصدر محذوف الأول عوض عنه هاء التأنيث، فأصلها: وهب بتسكين الهاء وتحريكها، ومما تقدم من اشتقاق للفظ الهبة، يتبيَّنُ لي أنها تُطْلَقُ في اللغة على التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقاً، سواء أكان مالاً أو غير مال.

فالهبة: العَطِيَّةُ الخالية عن الأعواض والأغراض، فإذا كثرت سمي صاحبها وهاباً.

انظر: لسان العرب ٦/٤٩٢٩.

اصطلاحاً:

عَرَّفَهَا الأَحنافُ بأنها: تَمْلِيكٌ بلا عوض.

وعرفها الشافعية بأنها: التمليك بلا عِوَضٍ.

وعَرَّفها المالكية بأنها: تمليك متموّل بغير عِوَضٍ.

وعرفها الحَنَابلة بأنها: تَمْليكٌ جائز التصرُّف مالاً معلوماً، أو مجهولاً، تعذر علمه.

انظر: فتح القدير ٩/١٩، حاشية ابن عابدين ٤/٥٠٨، الإقناع ٢/٨٥، مغني المحتاج ٢/٣٩٦ والمحلى على المنهاج ٣/١١٠، مواهب الجليل ٦/٤٩، شرح منتهى الإرادات ٢/٥١٧ والمغني ٦/٢٤٦.

(٣) أخرجه الخطيب (٤/٨٨).

وذكره الهندي في «الكنز» (١٥٠٩٣) وعزاه للخطيب.

وقد روى الحديث بلفظ آخر عن عائشة وهو «تهادوا تحابوا».

أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في «نصب الراية» (٤/ ١٢١) والدولابي في «الكنى» (١/ ١٤٣) وأبو الشيخ في الأمثال (١٢٥) والقضاعي في «مسند الشهاب» (٦٥٣) كلهم من طريق المثنى أبي حاتم العطاء عن عبيد الله بن العيزار عن القاسم بن محمد بن أبي بكر عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «تهادوا تحابوا وهاجروا تورثوا أبناءكم مجداً وأقيلوا الكرام عثراتهم».

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٤٩) وقال: وفيه المثنى أبو حاتم ولم أجد من ترجمه وبقية رجاله ثقات وفي بعضهم كلام.

والْهِبَةُ: مندُوبٌ إِلَيْهَا.

وَلاَ تَصِحُّ إلاَّ مِمَّنْ يَصِحُّ منه البَيْعُ، ولا تنعقدُ إلا بالإيجابِ والقَبُولِ على الفَوْرِ؛ كالبَيْعِ، وإذا قِيلَ: لا يحصُلُ المِلْكُ للمتَّهِبِ ما لَمْ يقبضْهُ بإِذْنِ الواهِبِ، فَإِذَا قَبَضَهُ ـ: حَصَلَ له المِلْكُ حَالَةَ القَبْضِ؛ هذا هو المذهب.

وفيه قولٌ آخَرُ: أنَّه إذا قبض ـ: يَتَبَيَّنُ أنَّه ملك بِالعقد.

والأوَّلُ المذهَبُ.

وعند مالك: يملك بالعقد؛ كما في البيع.

قُلنَا: البَيْعُ مُعَاوَضَةٌ قويَّةٌ، فلا يستدعي القبض بِحُصُولِ المِلك، والهِبَةُ تَبَرُّعٌ ضعيفٌ فيستدعي القَبْض، والقبضُ في العقار يحصُلُ بالتخلية وفي المَنْقُولِ: لا يَحْصُلُ إلا بالنَّقْلِ، فَإِنْ وضع بيْنَ يَدَي المتَّهِبِ: لا يحصل القَبْضُ، ولا يختصُّ القَبْضُ بمجلسِ العَقْدِ، ولا يحصُلُ إلاَّ بإِذْنِ الواهِبِ؛ فإنْ قبض دُونَ إِذْنِهِ ـ: دَخَلَ في ضمانِهِ، ولم يَمْلِكْهُ، وإنْ أَذِنَ له في القبض، ثم رجع ـ نُظِرَ: إنْ رَجَعَ بَعْدَما قبض ـ: فلا مَعْنَىٰ لرجوعِهِ، وقد تَمَّ مِلْكُهُ، وإنْ رجع قَبْلَ أَنْ

= ومن هذا الوجه ذكره السخاوي في «المقاصد الحسنة» (ص ـ ١٦٥) وعزاه للطبراني في الأوسط ـ والحربي في الهدايا والعسكري في الأمثال اهـ. وللحديث شواهد من حديث أبي هريرة وعبد الله بن عمرو وعبد الله بـن عمر وعطاء مرسلاً.

حديث أبي هريرة.

أخرجه البخاري في «الأدب المفرد» (٥٩٤) والدولابي في «الكنى» (١/ ١٥٠، ٢/ ٧) وأبو يعلى (١١/ ٩) رقم (٦١٤٨) والبيهقي (٦/ ١٦٩) كتاب الهبات: باب التحريض على الهبة والهدية والقضاعي في «مسند الشهاب» (٦٥٧) كلهم من طريق ضمام عن موسى بن وردان عن أبي هريرة مرفوعاً.

قال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٦٩ـ٧٠): رواه البخاري في الأدب المفرد والبيهقي وأورده ابن طاهر في «مسند الشهاب» من طريق محمد بن بكير عن ضمام بن إسماعيل عن موسى بن وردان عن أبي هريرة وإسناده حسن.

حديث عبد الله بن عمرو:

أخرجه الحاكم في «علوم الحديث» (ص٨٠) من طريق ضمام بن إسماعيل عن أبي قبيل المعافري عن عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال: «تهادوا تحابوا».

حديث عبد الله بن عمر:

أخرجه أبو القاسم الأصبهاني في «الترغيب والترهيب» كما في «نصب الراية» (٤/ ١٢١) من طريق إسماعيل بن إسحاق الراشدي ثنا محمد بن داود بن عبد الجبار عن أبيه عن العوام بن حوشب عن شهر بن حوشب عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «تهادوا تحابوا».

ـ مرسل عطاء

أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٩٠٨) كتاب حسن الخلق باب ما جاء في المهاجرة حديث (١٦) عن عطاء قال: قال رسول الله ﷺ: «تصافحوا يذهب الغل وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء».

يقبض: لم يَصِحَّ قبضه بعده.

ولو كان الموهُوب عبداً، فأمر الواهبُ المتَّهِبَ بإعتاقِهِ، أو المُتَّهِبَ الواهِبَ فأعتقه، أو كَانَ طعاماً، فأمَرَهُ الواهبُ بأكْلِهِ، فأكله ـ: كان قبضاً.

ولو مَاتَ الواهِبُ أو المُتَّهِبُ أو جُنَّ أحدُهُما أو أُغْمِيَ عليه قَبْلَ القبض ـ: فقد قيل: يبطلُ العَقْدُ؛ لأنَّهُ عقد جائز، كالشَّرِكَةِ.

والصَّحِيحُ: أنه لا يبطُلُ؛ لأنَّه يفضي إلى اللُّزُومِ بِخِلَافِ الشَّرِكَةِ، ففي موت الواهِبِ: إنْ شاء وارثُهُ سلَّم، وإنْ مات المتَّهِبُ قَبَضَ الوارثُ إنْ سلّم إلَيْه، وفي الجنون والإغماء: يقبض بعد الإفاقة، ولا يَصِحُّ القَبْضُ في حَالِ الجنونِ، ولو وهب في الصحّة، وأقبض في مَرَضِ المَوْتِ يعتبر من الثلثِ؛ كما[1] لو وَهَبَ مِنْ وارثِهِ في حالِ الصِّحَّة، وأَقْبَضَ في مرض الموتِ: لم يصحَّ؛ كما لو وَهَب في المَرَضِ؛ والدليلُ عليه: ما روي عَنْ أبي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ ـ رَضِيَ الله عَنْهُ ـ أنه نَحَلَ عَائِشَةَ جَادَّ[2] عِشْرِينَ وَسْقاً، فَلَمَّا مَرِضَ قَالَ: وَدِدْتُ أَنَّكِ قَبَضْتِيهِ، وَهُوَ اليَوْمَ مَالُ الوَارِثِ[3].

ولو وكَّل المُتَّهَبُ وكيلاً بالقَبْضِ أو الوَاهِبُ وكَّل بالإقباضِ، يجوزُ.

ولو وَهَبَ مِنْ إنسانٍ شيئاً، والشَّيْءُ في يَدِ المُتَّهِبِ: يشترط مضيُّ إمْكَانِ القبضِ حتَّىٰ يَحْصُلَ المِلْكُ، ويشتَرَطُ الإذْنُ في القَبْضِ على ظاهِرِ المَذْهَبِ؛ كما ذكرنا في «الرهن».

ولو وَهَبَ لِصَبِيٍّ أو مجنونٍ شَيئاً، فقبله قَيِّمُهُ أو الحاكمُ ـ: جاز:

ولا يصحُّ قَبُولُ مُتَعَهِّدِ الصَّبِيِّ، إذا لم يكُنْ قيماً.

وعند أبي حنيفة: يصحُّ.

ولو وهب الأَبُ لولده الطِّفْلِ شيئاً، أو الجَدُّ أَبُ الأب لِنَاقِلَتِه، وتولى طرفَي العَقْد ـ: جاز، وهلَ يحتاجُ إلى لَفْظَي الإيجابِ والقبولِ، أم يَجُوزُ أَنْ يقتصر علَىٰ واحدٍ فيه وجْهَانِ؛ كالبيع.

ويَقْبضُ له من نفسه.

أما الوصيُّ أو القَيِّمُ إذا وَهَبَ للصبيِّ شيئاً ـ: فلا يقبلُ لنفسه بل يقبَلُهُ الحاكمُ، أو يَأْمُرُ الحَاكِمُ مِنَ يَقْبَلُ عنه.

---

(١) في د: ولو.

(٢) الجَادُّ بمعنى المجدود: أي: نخل يُجَدُّ منه ما يبلغ مائة وَسْقٍ.

ينظر: النهاية (١/ ٢٤٤).

(٣) أخرجه مالك (٢/ ١٢٥ ـ ١٢٦) والبيهقي (٦/ ١٦٩ ـ ١٧٠).

ولو وَهَبَ لعبدِ إنسانٍ شيئاً ـ: فهو هبةٌ لِسَيِّدِهِ، وهل يصحُّ قبولُهُ بغير إذنِ السَّيِّد؟ فيه وجهان:

أحدُهما: لا يصحُّ؛ كما لو اشترى شيئاً بغَيْر إذنه: لا يصح.

والثاني: يصحُّ؛ لأنَّهُ مجرَّد اكتسابٍ لا يعقب الضمان؛ كالاحتطابِ؛ بخلاف الشراءِ؛ فإنَّهُ يعقبُ الضمان.

ولا تصحُّ هبةُ المجْهولِ وما لا يقدر علَىٰ تسليمه؛ كما لا يصح بيعه.

وتصحُّ هِبَةُ المُشَاع مِنْ شريك وغَيْرِ شريكِهِ، سواءٌ كان مما ينقسمُ أو لا ينقسمُ، ويكونُ قبضُهُ بقَبْض الكُلِّ.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ لا تصحُّ مِنْ غير شريكه، إذا كان مما ينقسمُ، وكذلكَ: إذا وهب أرضاً مزروعةً دُونَ الزَّرْع، أو وهب الزَّرْع دون الأرض: يجوزُ.

وعنده: لا يَجُوزُ.

ولا تجوزُ هبَةُ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عليه الدَّيْن، ويجوزُ ممَّن عليه، وهو إبراءٌ، ثُمَّ إنْ أسقطه بلفظ الإبراءِ ـ: أسقط مِنْ غير قبولٍ ممَّنْ عليه؛ هذا هو المذهَبُ؛ لأنه مَحْضُ إسقاطٍ لا تمليكَ فيه؛ كالعِتْقِ، والطلاق، والعَفْوُ عَنِ القصاص يصحُّ مِنْ غير قبولٍ.

وذكر ابنُ سُرَيْجٍ وجهاً أَنَّهُ يشتَرَطُ القَبُولُ في الإبراءِ؛ كالهبةِ والوصيَّةِ.

والأَوَّل المذهَبُ.

فعلىٰ هذا: إنْ أسقطه بلفظ الهِبَةِ ـ: يصحُّ، وهلْ يَحْتَاجُ إلى القَبُولِ؟ فيه وجهان:

أحدُهُمَا: لا يحتاجُ كالإبراءِ.

والثاني: يحتاجُ مراعاةً لِلَّفْظِ، وكُلُّ شَرْطٍ يفسد البيع: يفسدُ الْهِبَةَ؛ فإن وهب بشَرْطِ ألاَّ يتصرَّف فيه، أو إلَىٰ مدَّة، إذا مضَتْ: عَادَ إلَيْه ونحو ذلك، والمقبوضُ بحكْمِ الهِبَةِ الفاسدة، إذا تَلِفَ في يد المُتَّهِبِ ـ: هل يلزمه الضمان؟ فيه قولان:

أحدهما: يلزمُهُ؛ كالمقبوض بحكْمِ البَيْعِ الفاسد.

والثَّاني: لا يضمَنُ؛ لأنَّ الواهب رَضِي بِسُقُوط ضمانه.

فَصْلٌ

إذَا تصدَّقَ على إنسانٍ بشَيْءٍ ـ: لا يلزمُ المتصدِّقَ عليه أن يثيبه بشَيْءٍ في الدنيا، إنَّما الصدقَةُ لثَوَابِ الآخِرَةِ، أما الهِبَةُ المطْلَقةُ ـ: هل تقتَضِي الثوابَ؟ نُظِرَ: إن وهب لِمَنْ دونه شيئاً

أو لنظيرِهِ ـ: فلا يلزَمُ الثَّوَابَ؛ لأن الأمير إذا خلع علَىٰ بَعْضِ الرعايا ـ: لا يطمع منه عليه ثواباً؛ وكذلك: الرَّجُلُ يَهَبُ لِنَظِيرِهِ شيئاً يقصدُ به المودَّة وتأكيدَ الصَّدَاقة لا الثواب.

أما هبة الأدنَىٰ من الأعلَىٰ: هل[١] تقتضي الثواب؟ فيه قولان:

قال في الجَدِيدِ ـ وهو الأصح ـ: لاَ تقتضي الثَّواب[٢]؛ كهبة النظيرِ مِنَ النظيرِ؛ وهذا لأنَّ الأعيان كالمنافِعِ، ولو أعار دَارَهُ من إنسانٍ ـ: لا يلزَمُ المستعير شيءٌ، سواءٌ كان مثله أو فوقه.

وقال في القديمِ: تقتضي الثوابَ؛ لأن الغالِبَ أنَّ الأدنَىٰ يهدي إلى الأعلى لطمع ثواب، فصار كالمشروط.

فإن قلنا: لا تقتضي الثوابَ: فلو شرط ثواباً مجهولاً ـ: تبطل الهِبَةُ، ولو شرط ثواباً معلوماً ـ: فيه[٣] قولانِ:

أحدهما: تبطُلُ؛ لأنه خلافُ مقتضى العَقْدِ، فعلَىٰ هذا يكونُ حكْمُهُ حُكْمَ البيعِ الفاسِدِ في جميعِ أحكامِهِ.

والثاني: تصحُّ؛ لأنه معاوضَةُ مالٍ بمالٍ؛ كالبيع؛ فعلى هذا: هَلْ يكُونُ ذلك بيعاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: يكونُ بيعاً؛ اعتِبَاراً بالمعنَىٰ؛ حتى يثبت فيه الخيارُ والشُّفْعَةُ، ويلزم قبل القبض.

والثاني: أنَّه هبةٌ؛ اعتباراً باللفظ؛ فلا يثبت فيه الخيارُ، ولا تثبت فيه الشفعةُ، ولا تلزم قبل القبض[٤]؛ فعلى الوجهين جميعاً: لو وهب درهماً بشَرْطِ ثوابِ درْهَمَينِ: لا يصحُّ، ويكون رِباً، وإنْ قُلْنَا بقوله القديمِ: إنه يقتضي الثوابَ[٥] ـ: ففي قدره: أربعةُ أوجهٍ:

أحدها: يلزمُه حتَّىٰ يرضى الواهب؛ والدليلُ علَيْهِ ما رُوِيَ عَنْ طَاوُسٍ؛ أَنَّ أَعْرَابِيًّا وَهَبَ لِلنَّبِيِّ ـ ﷺ ـ نَاقَةً، فَأَثَابَهُ عَلَيْهَا، فَلَمْ يَرْضَ فَزَادَهُ، فَلَمْ يَرْضَ ـ حَسِبْتُ أَنَّهُ قَالَ: ثَلاَثَ مَرَّاتٍ، فَلَمْ يَرْضَ ـ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ ـ: «لَقَدْ هَمَمْتُ أَلاَّ أَتَّهِبَ إِلاَّ مِنْ قُرَشِيٍّ أَوْ أَنْصَارِيٍّ أَوْ ثَقَفِيٍّ»[٦]،

(١) في د: فهل.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: ففيه.
(٤) في أ: في غير القبض.
(٥) الثوابُ: أصله الرجوع ويقال ثاب يثوب ثَوْباً وثوباناً: إذا رجع بعد ذهابه كأن الثواب، يرجع إليه بعد ذهاب الموهوب من يده وبعد عمله للخير.

ينظر: النظم المستعذب (٢/ ٩٥).
(٦) وقد روي هذا الحديث عن طاوس مرسلاً.

أخرجه البزار (٢/ ٣٩٥ ـ كشف) رقم (١٩٣٩) من طريق ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن طاوس عن النبي ﷺ به. وللحديث شاهد من حديث أبي هريرة.

ويروىٰ مثْلهُ عَنْ أبي هريرة مرفوعاً[١]؛ فعلىٰ هذا: إنْ وَفَى الموهوبُ له ذلك؛ وإلا رَدَّ الهبة؛ لأنها ملك الواهبِ؛ فلا يستحقُّ عليه إلا بما يرضَىٰ.

والوجْهُ الثَّاني: يلزمُهُ ما جَرَتْ به العادَةُ في ثوابِ مثله.

والثالثُ: يلزمه[٢] قَدْرُ ما يقع عليه ٱلاسْمُ، وإن قَلَّ، وبه قال أبو حنيفة، ـ رحمة الله عليه ـ.

والرابع: يلزمُهُ قدْرُ قيمةِ الموهوبِ؛ لأنه عَقْدٌ يوجب[٣] العِوَضَ، فإذا لم يكُنْ فيه مسمًّى: يَجِبُ عوضُ المِثْلِ، كالنكاحِ، إذا لم يكُنْ فيه مسمًّى: يجبُ مهر المثل، ولو لم يَثْبُتْ للواهب الرجوعُ، وللمُتَّهِبِ أنْ يُرَدَّ فلا تثبُتْ، فلو تَلِفَ في يدِ المتَّهِبِ قبل أن يثبت عليه قيمتُهُ؛ لأنَّ كلَّ عينٍ كان له الرجُوعُ بها: فإذا تَلِفَ رَجَعَ بقيمتها، وإن نقصَتْ رَجَعَ بالأرشِ، ولو شرط الثوابَ على القَوْلِ القديمِ ـ نظر: إن شرط ثواباً مجهولاً ـ: صح لأنَّه قضيَّةُ العقد، فإن تَلِفَتِ العَيْنُ ـ: ضمن ذلك العِوَض، وإن شرط ثواباً معلوماً ـ فيه قولان:

أحدهما: لا يصحُّ؛ لأنه خلافُ قضيَّةِ العقدِ؛ لأنَّ مقتضى العقدِ: أن يلزمه[٤] ثوابٌ غَيْرُ معلومٍ.

والثاني: يصحُّ، ويلزمُهُ ما سُمِيَ؛ لأنَّه لما صَحَّ العقدُ بعوضٍ مجهولٍ: فبالمعلوم[٥] أولَىٰ أن يصَّح، وعلى هذا القول[٦] لو شرط أن لا ثوابَ له ـ فيه وجهان:

= أخرجه أبو داود (٢/ ٣١٣) كتاب البيوع: باب في قبول الهدايا حديث (٣٥٣٧) والترمذي (٥/ ٦٨٦) كتاب المناقب: باب مناقب ثقيف وبني حنيفة حديث (٣٩٤٥) وأحمد (٢/ ٢٩٢) وعبد الرزاق (١١/ ٦٥) رقم (١٩٩٢١) والنسائي (٦/ ٢٨٠) كتاب العمرى: باب أعطية المرأة بغير إذن زوجها، والحميدي (٢/ ٤٥٣) رقم (١٠٥١) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «وأيم الله لا أقبل بعد يومي هذا من أحد هدية إلا أن يكون مهاجراً قرشياً أو أنصارياً أو دوسياً أو ثقفياً».

أخرجه أحمد (١/ ٢٩٥) والبزار (٢/ ٣٩٤ ـ ٣٩٥) رقم (١٩٣٨) وابن حبان (١١٤٦ ـ موارد) والطبراني في «الكبير» (١١/ ١٨) رقم (١٠٨٩٧) كلهم من طريق يونس بن محمد حدثنا حماد بن زيد عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس به.

وقال البزار: لا نعلم أحد وصله إلا حماد.

وصححه ابن حبان.

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٥١) وقال: رواه أحمد والبزار ورجال أحمد رجال الصحيح اهـ.

(١) ينظر الحديث السابق.

(٢) في د: يلزم.

(٣) في د: موجب.

(٤) في أ: يلزم.

(٥) في د: فالمعلوم.

(٦) في ظـ: أن.

أحدهما: لا يصحُّ؛ لأنه خلافُ قضيَّة العقدِ.

والثاني: وهو الأصحُّ ـ: يصحُّ لأنَّهُ أسقط[١] حقَّهُ.

ولو اختلفا، فقال الواهبُ: وَهَبْتُكَ بِبَدَلٍ، وقال الموهوبُ له: بلا بدلٍ ـ فيه وجهان:

أحدهما: القولُ قولُ الواهبِ مع يمينه؛ لأنَّه لم يقرَّ بخروجِهِ عن[٢] ملكه بلا بَدَلٍ.

والثاني: القولُ قَوْلُ الموهوبِ له مع يمينه؛ لأنَّ الواهبَ يقرُّ بالهبةِ، ويدَّعِي عوضاً، والأَصْلُ عدمه، والله أعْلَمُ بالصَّواب.

بَابُ: العُمْرَىٰ وَالرُّقْبَىٰ

رُوِيَ عَنْ جَابِرٍ، عَنِ النَّبِيِّ ـ ﷺ ـ قَالَ: «الْعُمْرِى مِيرَاثٌ لأَهْلِهَا»[٣].

العُمْرَىٰ: جائزةٌ عند عامَّة أهلِ العلمِ، وهي نوعٌ من الهبة.

وصورَتُهَا: أن يقولَ الرجُلُ لِغَيْرِهِ: أَعْمَرْتُكَ هذه الدارَ، أو هذه العَيْنَ، أو جعلْتُهَا لك عُمْرَكَ، أو حَيَاتَكَ، أو ما عِشْتَ أو جَعَلْتُهَا لك عُمْراً[٤]، أو قال: داري لَكَ عُمْرَكَ[٥] ـ نظر: إنْ قال: ولِعَقِبِكَ من بعدِكَ، أو لورثتك مِنْ بعدك ـ: فهي[٦] عطيَّةٌ صحيحةٌ؛ يشترَطُ فيها القَبُولُ والقَبْضُ، كالهِبَةِ، وإذا قبض ـ: لَزِمَ، وإذا مات: كانَتْ لورثته، وإنْ[٧] لم يكُنْ له وارثٌ ـ: فلبيتِ المالِ، ولا يعودُ إلى المُعْطِي بحالٍ.

وإنْ لم يَقُلْ: ما دامَتْ فَلِوَرَثَتِكَ، أو لِعَقِبِكَ ـ: ففيه قولان:

---

(١) في د: إسقاط.

(٢) في د: من.

(٣) أخرجه البخاري (٥/ ٢٨٢) كتاب الهبة: باب ما قيل في العمرى والرقبى حديث (٢٦٢٥) ومسلم (٣/ ١٢٤٧ ـ ١٢٤٨) كتاب الهبات: باب العمرى حديث (٣٠، ٣١/ ١٦٢٥). والنسائي (٦/ ٢٧٣) وأحمد (٣/ ٢٩٧، ٣٩٢) وابن الجارود في المنتقى رقم (٩٨٦) وابن حبان (٥١٠٧) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٩٢ ـ ٩٣) من حديث جابر.
وله شاهد من حديث أبي هريرة.
أخرجه البخاري (٥/ ٢٨٢) كتاب الهبة: باب ما قيل في العمرى والرقبى حديث (٢٦٢٦) ومسلم (٣/ ١٢٤٨) كتاب الهبات باب العمرى حديث (٣٢/ ١٦٢٦) وأبو داود (٢/ ٣١٦) كتاب البيوع: باب في العمرى حديث (٣٥٤٨) والنسائي (٦/ ٢٧٧) وأحمد (٢/ ٤٢٩، ٤٨٩) وابن الجارود في «المنتقى» حديث (٩٨٥) والطحاوي (٤/ ٩٢) والبيهقي (٦/ ١٧٤).

(٤) سقط في د.

(٥) في د: عمري، وفي أ: عمراً.

(٦) في أ، د: فهو.

(٧) في د: فإن.

قال في الجديد ـ وهو الأصح ـ: إنها صحيحةٌ، وتكونُ له حياتَهُ، وإذا مات تكونُ لورثتِهِ، وبه قال أبو حنيفة، لَمَا رُوِيَ أنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ: «الْعُمْرَىٰ مِيرَاثٌ لأَهْلِهَا»[1]؛ ولأنَّ الأمْلاَكَ المستقرَّةَ كلُّها مقدَّرةٌ: بحياةِ المالِكِ، ثم تنتقل إلى الوَارِثِ، فلم يكُنْ ما جعله له في حياتِهِ منافياً للأملاكِ المستقرَّة.

وفي القديمِ: اختلف أصحابُنَا فيه:

الأَكْثَرُونَ قالوا: إنَّها باطلةٌ؛ لأنَّه تمليكٌ غَيْرُ مقدَّرٍ بمدَّةٍ؛ فصارَ كما لو قال: أعمرتُكَ سنَةً، أو أعمرتُكَ حَيَاةَ زَيْدٍ.

وقال أبو إسحاق، في القديم: يكونُ عاريَّةً متىٰ شاءَ استردَّهُ، وإذا مات عاد إلى المُعْمِر وحُجَّةُ القَوْلِ القديمِ: ما رُوِيَ عَنْ جَابِرٍ؛ أنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ: «أيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمْرَىٰ لَهُ وَلِعَقِبِهِ؛ فَإنَّهَا لِلَّذِي أُعطِيَهَا؛ لاَ تَرْجِعُ إلَى الَّذِي أَعْطَاها[2]؛ لأنَّهُ أَعْطَىٰ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ المَوَارِيثُ».

شَرَطَ في صَحَّةِ الإعْمَارِ: أن يُعْمِرَ له ولِعَقِبِهِ.

ورُوِيَ عَنْ جابر: «إنَّمَا العُمْرَىٰ الَّتِي أَجَازَ رَسُولُ اللهِ ـ ﷺ ـ أَنْ يَقُولَ: هِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ»[3].

فأمَّا إذا قال: هي لَكَ ما عِشْتَ؛ فإنها ترجعُ إلَىٰ صاحبها.

أما إذا قال: جَعَلْتُهَا لك عُمْرَكَ أو حَيَاتَكَ؛ فإنْ متَّ عادَتْ إلَيَّ، إنْ كنْتُ حَيّاً وإلَىٰ

---

(١) ينظر الحديث السابق.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٧٥٦) كتاب الأقضية: باب القضاء في العمرى حديث (٤٣) ومسلم (٣/ ١٢٤٥) كتاب الهبات باب العمرى حديث (٢٠/ ١٦٢٥) وأبو داود (٣/ ٨١٩) كتاب البيوع والإجارات: باب في العمرى له ولعقبه حديث (٣٥٥٣) والترمذي (٣/ ٦٣٢) كتاب الأحكام: باب في العمرى حديث (١٣٥٠) والنسائي (٦/ ٢٧٤ ـ ٢٧٥) كتاب العمرى وابن ماجه (٢/ ٧٩٦) كتاب الهبات: باب العمرى حديث (٢٣٨٠) والطيالسي (١/ ٢٨١ ـ منحة) رقم (١٤٢٤) وابن الجارود (٩٨٧) وأبو يعلى (٤/ ٧١ ـ ٧٢) رقم (٢٠٩٢، ٢٠٩٣) وابن حبان (٥١٠٨، ٥١١٣، ٥١١٥، ٥١١٦ ـ الإحسان) والشافعي (٢/ ١٦٨) كتاب الهبة والعمرى حديث (٥٨٨) وأحمد (٣/ ٣٩٣، ٣٩٩) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٩٢) والبيهقي (٦/ ١٧٢) كتاب الهبات: باب العمرى، والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٤٢١ ـ بتحقيقنا) من طريق أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة به وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

ومن طريق أبي سلمة أخرجه البخاري (٥/ ٢٨٢).

كتاب الهبة: باب ما قيل في العمرى والرقبى حديث (٢٦٢٥) بلفظ: قضى النبي ﷺ بالعمرى أنها لمن وهبت له.

(٣) ينظر الحديث السابق.

وارِثي، إن كنتُ ميّتاً ـ: اختلف أصحابنا فيه:

منهم مَنْ قال ـ وهو الأصح ـ: حُكْمُه حُكْم ما لو أطلَقَ، فقال: هي لك عُمْرَكَ، ولم يَشْرِطِ الرجُوعَ إلَيْه، وشَرْطُ الرجوع إليه بعد المَوْتِ باطلٌ، ولم يؤثّر ذلك في العطيّة؛ لأنَّ مَنْ ملك شيئاً لا يملكُهُ أكْثَرَ من عُمُرِهِ.

ومنهم من قال: هذا لا يصحُّ؛ لأنَّه لما منع شَرْطه أنْ يكُونَ موروثاً لعقبه: فقد منع التأبيد؛ بخلاف ما لو أطلق.

ولو قال جعلتُهَا لكَ عُمْرِي، أو حياتي ـ: فقد قيلَ: هو كما لو قال: عُمْرَكَ أو حَيَاتَكَ.

وقيل: لا يصحُّ ههنا؛ لأنه لم يجعلْ له جميع حياة المُعْمِرِ فإنه: يجوزُ أنْ يَمُوتَ المعطِي قبله؛ كما لو قال: عُمْرَ زيد: لا يجوزُ؛ لأنَّه يجوزُ أنْ يمُوتَ زيْدٌ قبل موتِ الموهوبِ له.

وأمَّا الرُّقْبَىٰ ـ فصورتها: أنْ يَقُولَ: أرْقَبْتُكَ هذه الدارَ، أو جَعَلْتُهَا لك رُقْبَىٰ، أو أعطَيْتُكَ أو وَهَبْتُ لك عُمْرَكَ علَىٰ أنَّكَ: إنْ متَّ قَبْلِي عادَتْ إلَيَّ، وإنْ متُّ قبلك يقرَّرُ ملكُكَ، سُمِّي «رُقْبَىٰ»؛ لأنَّ كلَّ واحد يَرْقُبُ مَوْتَ صاحِبِهِ ـ: فالمذهبُ أن هذا على قولَيْنِ:

أصحُّ القولَيْن: أنها جائزةٌ، ويلغو الشَّرْطُ، وإذا مات المُعْمِرُ ـ: كان لوارثِهِ؛ كما لو أعمره مطلقاً؛ لما رُوِيَ عَنْ جابرٍ؛ أن النبيَّ ﷺ ـ قَالَ: «لاَ تُعْمِرُوا ولا تُرْقِبُوا؛ فَمَنْ أعْمَرَ شَيْئاً أوْ أرْقَبَهُ فهو سَبِيلُ المِيرَاثِ»[1].

وقوله: «لا تُعْمِرُوا ولا تُرْقِبُوا»: ليس عَلَىٰ سبيلِ النهْي، بل على سَبِيل الإرشادِ، معناه: لا تعمروا طمعاً في أن تَعودَ إلَيْكُمْ، بل تصير ميراثاً.

وفيه قولٌ آخرُ: أنه غير صحيح، وهو قولُ أبي حنيفة، رحمة الله عليه وخرج بعضنا من هذا: أنَّ الشَّرْطَ الفاسِدَ هَلْ يُفْسِدُ الهِبَةَ، على قولَيْن؛ حتى قالوا: لو قَالَ: وهبتُكَ هذه العَيْنَ شهراً، أو ملكتُكَ داري شهراً، أو وَقَفْتُ هذا على فلانٍ شهراً ـ: يصح على أحد القَوْلَيْن، ويَلْغُو الشَّرْطُ، ويتأبَّد، كما في العُمْرَىٰ، والمذهَبُ: أنَّ الهِبَةَ باطلةٌ بهذا الشَّرْطِ، وكذلك: الوقْفُ كالبَيْعِ ويفارق العُمْرَىٰ؛ لأنَّ الحديثَ جاءَ بِهِ، ولأنَّهُ مَلَكَهُ حَيَاةَ المَوْهوبِ له، وإطلاقُ الهبة لا يقتضي أكثَرَ مِنْ هذا، وإنَّما شرطُ الرُّجُوعِ إلَيْهِ بَعْدَ موتِهِ على الوَارِثِ؛ فلَمْ يمنعْ صِحَّة العقْدِ على قولِهِ الجديد.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٨٢٠) كتاب البيوع: باب من قال في العمرى له ولعقبه حديث (٣٥٥٦) والنسائي (٦/ ٢٧٣) كتاب العمرى: باب اختلاف الناقلين لخبر جابر في العمرى والبيهقي (٦/ ١٧٥) كتاب الهبات: باب الرقبى، من طريق ابن جريج عن عطاء عن جابر عن النبي ﷺ به.
وصححه الألباني في «الإرواء» (٦/ ٥٢).

وإذا جوَّزنا الرقبىٰ على ظاهرِ المذهَبِ ـ: فقد تكُونُ الرُّقبىٰ من الجانِبَيْن وهو أن يجعل كُلُّ واحد منهما دارَهُ لصاحِبِهِ عُمْرَ صَاحِبِهِ، عَلَىٰ أنَّه إذا مات قبله ـ: عاد إليه، أو كانَتِ الدارُ مشترَكَةً بَيْنَ رجلَيْنِ ـ: جعل كلُّ واحد منهما نصيبَهُ لصاحِبِهِ علىٰ أنَّها لآخِرِنَا موتاً ـ: جاز.

ولو قال لإنسانٍ: داري لك حياتَكَ؛ فإن مِتُّ فهي لزيدٍ ـ: صحَّتِ العطيَّةُ الأُولَىٰ، ولم تصحَّ لزيد؛ لأنَّه جَعَلَ[1] للأوَّل حياته؛ فلزم، فلا معنَىٰ لإعطائِهِ زَيْداً ما لا يَمْلِكُ؛ وكذلك: لو قَالَ: عبدي لَكَ حَيَاتَك، ثم هو حُرٌّ بعد موتِكَ ـ: صحَّتِ العطيَّةُ، ولا معنى لِلْعِتْقِ في مِلْكِ الغَيْر.

وَقَوْلُهُ: «هو حُرٌّ»: كقولِهِ: «إِذَا مِتُّ رَجَعَ إِلَيَّ»؛ وذَلِكَ لا يَضرُّ العطيَّةَ؛ كذا هذا.

ولا يجوزُ تعليق العُمْرىٰ بأن يقولَ: إذا قَدِمَ فلانٌ ـ: فهذه الدار لَكَ [حياتَكَ، وإذا مَاتَ فُلَانٌ أو إذا جَاءَ رَأْسُ الشهرِ ـ: فهذه لَكَ][2]؛ لأنَّ تعليقَ التمليكِ بالصِّفَةِ ـ: لا يجوز.

أما إذا عَلَّقَ بموته، فقال: إذا متُّ ـ فهذه الدارُ لَكَ عُمْرَكَ ـ: يصحُّ، ويعتبرُ خُرُوجُهَا من الثلثِ، فإن خرجَتْ ـ: كان عمري، فإن قال: إذا متُّ ـ فعبدي أو دَارِي لَكَ، ما دُمْتَ حَيًّا، فإذا مِتَّ ـ: رَجَعَ إِلَىٰ ورثتي، أو كان لزيْدٍ بعدك؛ فهذا قَدْ أوصَىٰ بالعُمْرَىٰ بعد موتِهِ؛ فيجوز للموصِي أنْ يرجعَ قَبْلَ موته، فإن لَمْ يَرْجِعْ حَتَّى مات، وقبل المعمر كان له بعد موته، ثم لورثته، وبطَلَ شَرْطُ الرجوعِ إِلَىٰ وارثِ الموصِي، وكونُها لِزَيْدٍ، والله أعلم.

بَابُ: عَطِيَّةِ الرَّجُلِ وَلَدَهُ

رُوِيَ عَنِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ؛ أَنَّ أَبَاهُ أَتَىٰ بِهِ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ فَقَالَ: إِنِّي نَحَلْتُ ٱبْنِي هَذَا غُلَاماً، فَقَالَ: «أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَ مِثْلَهُ»: «فَقَالَ: لَا، قَالَ: فَارْجِعْهُ»[3]. وَعَنْ طَاوُسٍ، أَنَّ

---

(١) في أ: حصل.

(٢) سقط في د.

(٣) أخرجه مالك (٢/ ٧٥١) كتاب الأقضية: باب ما لا يجوز من الحل حديث (٣٩) والبخاري (٥/ ٢١١) كتاب الهبة: باب الهبة للولد حديث (٢٥٨٦) ومسلم (٣/ ١٢٤١) كتاب الهبات: باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة حديث (٩/ ١٦٢٣) والنسائي (٦/ ٢٥٨ ـ ٢٥٩) كتاب النحل: باب اختلاف الناقلين لخبر النعمان بن بشير في النحل، والترمذي (٣/ ٦٤٩) كتاب الأحكام باب في النحل والتسوية بين الولد حديث (١٣٦٧) وابن ماجه (٢/ ٧٩٥) كتاب الهبات: باب الرجل ينحل ولده، حديث (٢٣٧٦) وأحمد (٤/ ٢٦٨) والشافعي (٢/ ١٦٧) كتاب الهبة والعمرى حديث (٥٨٣) والحميدي (٢/ ٤١١) رقم (٩٢٢) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٩٩١) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٨٤) والدارقطني (٣/ ٤٢) كتاب البيوع حديث (١٧٤) والبيهقي (٦/ ١٧٦) كتاب الهبات: باب السنة في التسوية بين الأولاد في العطية، والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٤٢٥ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق الزهري عن محمد بن النعمان وحميد بن بشير عن النعمان به.

=

= وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.
وللحديث طرق أخرى عن النعمان بن بشير.
الطريق الأول:
أخرجه البخاري (٥/ ٢١١) كتاب الهبة: باب الإشهاد في الهبة حديث (٢٥٨٧) وفي «الأدب المفرد» باب أدب الوالد وبره لولده حديث (٩٣)، ومسلم (٣/ ١٢٤٣) كتاب الهبات: باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة حديث (١٣ ـ ١٨/ ١٦٢٣) وأبو داود (٣/ ٨١١) كتاب البيوع والإجارات: باب الرجل يفضل بعض ولده في النحل حديث (٣٥٤٢) والنسائي (٦/ ٢٥٩ ـ ٢٦٠) كتاب النحل: باب اختلاف الناقلين لخبر النعمان بن بشير في النحل، وابن ماجه (٢/ ٧٩٥) كتاب الهبات: باب الرجل ينحل ولده حديث (٢٣٧٥) وأحمد (٤/ ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٧٠) والطيالسي (١/ ٢٨٠ ـ منحة) رقم (١٤١٨) والحميدي (٢/ ٤١٠) رقم (٩١٩) وابن حبان (٥٠٨٠، ٥٠٨١، ٥٠٨٢ ـ الإحسان) وابن الجارود (٩٩٢) والدارقطني (٣/ ٤٢) والبيهقي (٦/ ١٧٦) كتاب الهبات: باب السنة في التسوية بين الأولاد في العطية، والخطيب في «تاريخ بغداد» (١٢/ ٢٨) كلهم من طريق الشعبي عن النعمان قال: أعطاني أبي عطية فقالت عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ فأتى رسول الله ﷺ فقال: إني أعطيت ابني من عمرة بنت رواحة عطية فأمرتني أن أشهدك يا رسول الله قال: «أعطيت سائر ولدك مثل هذا؟» قال: لا. قال: «فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم». قال: فرجع فرد عطيته لفظ البخاري.
الطريق الثاني:
أخرجه مسلم (٣/ ١٢٤٣) كتاب الهبات: باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة حديث (١٢/ ١٦٢٣) وأبو داود (٣/ ٨١١) كتاب البيوع: باب الرجل يفضل بعض ولده في النحل، حديث (٣٥٤٣) والنسائي (٦/ ٢٥٩) كتاب النحل: باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان بن بشير في النحل، وأحمد (٤/ ٢٦٨) من طريق عروة بن الزبير عن النعمان.
الطريق الثالث:
أخرجه النسائي (٦/ ٢٦١ ـ ٢٦٢) كتاب النحل: باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان بن بشير في النحل، وأحمد (٤/ ٢٦٨) وابن حبان (٥٠٧٦، ٥٠٧٧ ـ الإحسان) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٨٦) من طريق مسلم بن صبيح عن النعمان قال: ذهب بي أبي إلى النبي ﷺ يشهده على شيء أعطانيه فقال: «ألك ولد غيره». قال: نعم. وصف بيده بكفه أجمع، كذا ألا سويت بينهم.
وللحديث شاهد من حديث جابر.
أخرجه مسلم (٣/ ١٢٤٤) كتاب الهبات: باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة حديث (١٩/ ١٦٢٤) وأحمد (٣/ ٣٢٦) وأبو داود (٣/ ٨١٢) كتاب البيوع: باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل حديث (٣٥٤٥) وابن حبان (٥٠٧٩ ـ الإحسان) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٨٧) والبيهقي (٦/ ١٧٧) كتاب الهبات: باب السنة في التسوية بين الأولاد في العطية، كلهم من طريق زهير عن أبي الزبير عن جابر قال: قالت امرأة بشير: انحل ابني غلامك وأشهد لي رسول الله ﷺ، فأتى رسول الله ﷺ فقال: إن ابنة فلان سألتني أن أنحل ابنها غلامي، وقالت لي: أشهد رسول الله ﷺ، فقال: «له إخوة» فقال: نعم، قال: «أفكلهم أعطيت مثل ما أعطيته» قال: لا، قال: «فليس يصلح هذا، وإني لا أشهد إلا على حق».

النبيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ: «لاَ يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِيمَا وَهَبَ إِلاَّ الوَالِدَ مِنْ وَلَدِهِ»[١] ويروىٰ عَنْ ٱبْنِ عُمَرَ، وٱبنِ عبَّاسٍ ـ رضي الله عنهما ـ يَرْفَعَانِ الحَدِيثَ مِثْلَ معناه[٢].

إذا وَهَبَ شيئاً مِنْ إنسانٍ، وسلَّم إليه ـ: ليس له أنْ يَرْجِعَ فيه إلا الأَبُ يَهَبُ لولَدِهِ؛ فله أن يَرْجِعَ فيه، للحديثِ أما الأُمُّ وأمهاتها وأمهاتُ الأب والأَجْدَادِ مِنْ قبلِ الأُمِّ ـ: فَهَلْ لهم الرجُوعُ فيما وهبوا للناقلة فيه قولان:

أصحهما: ـ وهو المذهب ـ: لهم الرجوعُ؛ كما أَنَّهُمْ سَوَاءٌ في ٱستحقاقِ النفقةِ والْعِتْقِ وسُقُوطِ القصاصِ.

وفيه قولٌ آخَرُ: لا رجوعَ لَهُمْ، وجوازُ الرُّجُوعِ يختصُّ بالأَبِ؛ للحديثِ، أما الجَدُّ أَبُ الأبِ قد قِيلَ فيه قولانِ؛ كالأُمِّ.

والمذهَبُ: أنَّ له الرجُوعَ قولاً واحداً؛ كالأب؛ لأنه وليٌّ في التزويجِ والتصرُّفِ في المالِ؛ كالأبِ؛ بخلافِ الأُمِّ والجَدِّ من قبل الأُمِّ.

أما العَمُّ والخَالُ وسائِرُ القراباتِ ـ فلا رُجُوعَ لهم فِي الهِبَةِ؛ كالأجانبِ.

وقالَ أَبُو حنيفَةَ ـ رحْمَةُ الله عليه ـ: إنْ وَهَبَ من وَلَدِهِ شيئاً، أو مِنْ قريبه الَّذي هو محرم

---

(١) أخرجه الشافعي (٢/ ١٦٨) كتاب الهبة والعمرى حديث (٥٨٤) والنسائي (٦/ ٢٦٨) كتاب الهبة: باب الاختلاف على طاوس في الراجع في هبته وعبد الرزاق (٩/ ١١٠) رقم (١٦٥٣٦) والبيهقي (٦/ ١٧٩) كتاب الهبات: باب لا يحل لواهب أن يرجع فيما وهب كلهم من طريق ابن جريج عن الحسن بن مسلم عن طاوس أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل لأحد يهب هبة ثم يعود فيها إلا الوالد».

ولفظ الشافعي: لا يحل لواهب أن يرجع فيما وهب إلا الوالد من ولده.

وقد رواه طاوس عن ابن عمر وابن عباس.

أخرجه أحمد (٢/ ٣٢٧) وأبو داود (٣/ ٨٠٨) كتاب البيوع: باب الرجوع في الهبة حديث (٣٥٣٩) والترمذي (٤/ ٤٤٢) كتاب الولاء والهبة: باب كراهية الرجوع في الهبة والنسائي (٦/ ٢٦٧ ـ ٢٦٨) كتاب الهبات: باب الاختلاف على طاوس في الراجع في هبته وابن ماجه (٢/ ٧٩٥) كتاب الهبات: باب من أعطى ولده ثم رجع فيه حديث (٢٣٧٧) والدارقطني (٣/ ٤٢) كتاب البيوع حديث (١٧٧) والبيهقي (٦/ ١٧٩) كتاب الهبات: باب رجوع الوالد فيما وهب من ولده والحاكم (٢/ ٤٦) كتاب البيوع، وابن حبان (١١٤٨ ـ موارد) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٧٩) كلهم من طريق عمرو بن شعيب عن طاوس عن ابن عمر وابن عباس قالا: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل لرجل يعطي عطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ومثل الذي يعطي عطية ثم يرجع فيها مثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم عاد فيه».

قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي.

وصححه ابن حبان.

(٢) ينظر الحديث السابق.

له؛ كالوالِدَيْنِ والإخوةِ والأعمامِ والأخوالِ[(١)] ـ: فلا رجوعَ له[(٢)]، وإن وَهَبَ[(٣)] مِنْ أجنبيٍّ أو من قريبٍ، ليس بمحرمٍ ـ: فلَهُ الرُّجُوعُ؛ والحديثُ حُجَّةٌ عليه، ولأنَّ الأبَ قد يرى صَلَاحَ ٱلابْنِ في أنْ يَرْجِعَ في هبتِهِ؛ إمَّا بأن يعوِّضه ما هُوَ أصْلَحُ له، أو يزجُرَهُ عن فعلٍ ما لا يجُوزُ، أو يريد التَّسوية بَيْنَ الأولادِ ـ: فرجوعُهُ لا يخلُو، عَنْ نوعٍ من الصلاح؛ فكان له الرجوعُ؛ ولذلكَ قال رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ في حَدِيث النُّعمانِ بْنِ بَشِيرٍ لأبيهِ في نحله وَلَدَهُ «أرْجِعْهُ»، ولا غرض له في الرُّجُوعِ في هبة الأجنبيِّ.

[وقيل]: ويحصُلُ ٱلاستيحاشُ[(٤)]، فلم يَجُزْ؛ قال النبيُّ ـ ﷺ ـ: «الْعَائِدُ في هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»[(٥)] ولَيْسَ لَنَا مَثَلُ السَّوْءِ.

ويُسْتَحَبُّ للرجُلِ أنْ يُسَوِّيَ بين الأولادِ في النحلةِ بَيْنَ ذكورهم وإناثِهم؛ لئلاَّ يحملهم التَّفْضِيلُ على العقوقِ؛ فقد قَالَ النبيُّ ـ ﷺ ـ في حديثِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ لابْنِهِ: «أَيَسُرُّكَ أَنْ يَكُونُوا لَكَ في الْبِرِّ سَوَاءً؟! قَالَ: بَلَىٰ قَالَ: فَلاَ إذَنْ» ويُرْوَىٰ أنه قال: «فَاتَّقُوا الله، وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ».

---

(١) في د: الأخوات.

(٢) في د: لهم.

(٣) في د: وجد.

(٤) الاستيحاش: استوحش: وجد الوحشة، و(الوحشة): الانقطاع وبُعْدُ القلوب عن المودات.
ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ١٠١٧، ١٠١٨).

(٥) أخرجه البخاري (٥/ ٢٧٧) كتاب الهبة: باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته حديث (٢٦٢١) ومسلم (٣/ ١٢٤١) كتاب الهبات: باب تحريم الرجوع في الصدقة حديث (٥/ ١٦٢٢) وأبو داود (٣/ ٨٠٨) كتاب البيوع: باب الرجوع في الهبة حديث (٣٥٣٨) والنسائي (٦/ ٢٦٦) كتاب الهبة: باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده، وابن ماجه (٢/ ٧٩٦) كتاب الهبات: باب الرجوع في الهبة حديث (٢٣٨٥) وأحمد (١/ ٢٨٠، ٢٨٩، ٣٣٩، ٣٤٢، ٣٤٥، ٣٤٩) وأبو داود الطيالسي (١/ ٢٨٠ ـ منحة) رقم (١٤١٩) وابن الجارود (٩٩٣) وابن حبان (٥٠٩٩، ٥١٠٠ ـ الإحسان) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٧٧) كتاب الهبة والصدقة باب الرجوع في الهبة والبيهقي (٦/ ١٨٠) كتاب الهبات باب لا يحل لواهب أن يرجع في هبته وأبو نعيم في «الحلية» (٦/ ١٤٥، ٢٨١) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٤٢٤ ـ بتحقيقنا) والخطيب في «تاريخ بغداد» (٧/ ٣٨٥) من طرق عن سعيد بن المسيب عن ابن عباس به.
وأخرجه البخاري (٥/ ٢٧٧ ـ ٢٧٨) كتاب الهبة: باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته حديث (٢٦٦٢) وفي «الأدب المفرد» رقم (٤١٧) والنسائي (٦/ ٢٧٦) كتاب الهبة: باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده، والترمذي (٣/ ٥٩٢) كتاب البيوع: باب الرجوع في الهبة حديث (١٢٩٨) وأحمد (١/ ٢١٧) والحميدي (١/ ٢٤٣) رقم (٥٣٠) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٧٨) كتاب الهبة والصدقة: باب الرجوع في الهبة والبيهقي (٦/ ١٨٠) كتاب الهبات: باب لا يحل لواهب أن يرجع في هبته وأبو يعلى (٤/ ٢٩٣ ـ ٢٩٤) رقم (٢٤٠٥) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٤٢٥ ـ بتحقيقنا) والخطيب في «تاريخ =

= بغداد» (٨/ ١٧٨) من طريق عكرمة عن ابن عباس قال: قال النبي ﷺ: «ليس لنا مثل السوء الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه».

وأخرجه البخاري (٥/ ٢٥٦) كتاب الهبة: باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها حديث (٢٥٨٩) ومسلم (٣/ ١٢٤١) كتاب الهبات: باب تحريم الرجوع في الصدقة حديث (٨/ ١٦٢٢) والنسائي (٦/ ٢٦٧) كتاب الهبة: باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده. والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٧٨) كتاب الهبة والصدقة: باب الرجوع في الهبة، والبيهقي (٦/ ١٨٠) كتاب الهبات: باب لا يحل لواهب أن يرجع في هبته، كلهم من طريق طاوس عن ابن عباس قال: قال النبي ﷺ: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه».

وقد رواه طاوس عن ابن عمر وابن عباس معاً.

أخرجه أبو داود (٣/ ٨٠٨) كتاب البيوع والإجارات: باب الرجوع في الهبة حديث (٣٥٣٩) والنسائي (٦/ ٢٦٧) كتاب الهبة. باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده، والترمذي (٣/ ٥٩٢) كتاب الأحكام: باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة حديث (١٢٩٩) وأحمد (٢/ ٢٧، ٧٨) وابن حبان (١١٤٨ـ موارد) وأبو يعلى (٥/ ١٠٥ ـ ١٠٦) رقم (٢٧١٧) وابن الجارود (٩٩٤) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٧٩) والدارقطني (٣/ ٤٢ ـ ٤٣) كتاب البيوع، والحاكم (٢/ ٤٦) والبيهقي (٦/ ١٨٠) كتاب الهبات: باب لا يحل لواهب أن يرجع في هبته، كلهم من طريق حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن طاوس عن ابن عمر وابن عباس قالا: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل لرجل أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد. فيما يعطي ولده ومثل الذي يعطي العطية فيرجع فيها كالكلب أكل حتى إذا تم قاء ثم رجع في قيئه.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وقال الحاكم: «صحيح الإسناد فإني لا أعلم خلافاً في عدالة عمرو بن شعيب إنما اختلفوا في سماع أبيه من جده»، ووافقه الذهبي.

وأخرجه أحمد (١/ ٣٤٢) من طريق سعيد بن جبير عن ابن عباس به.

وللحديث شواهد من حديث عمر وعبد الله بن عمرو وأبي هريرة وجابر.

حديث عمر.

أخرجه البخاري (٢/ ٢٧٨) كتاب الهبة: باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته حديث (٢٦٢٣) ومسلم (٣/ ١٢٣٩) كتاب الهبات: باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به حديث (١/ ١٦٢٠) وأحمد (١/ ٤٠) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٧٩) كتاب الهدية والهبة: باب الرجوع في الهبة، من طريق جماعة عن زيد بن أسلم عن أبيه سمعت عمر بن الخطاب يقول «حملت على فرس في سبيل الله فأضاعه الذي كان عنده فأردت أن أشتريه منه وظننت أنه بائعه برخص فسألت عن ذلك النبي ﷺ فقال: «لا تشتره وإن أعطاكه بدرهم واحد فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه».

ورواه عبد الله بن عمر العمري عن زيد بن أسلم عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه».

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٩٧ ـ ٧٩٨) كتاب الهبات باب الرجوع في الهبة حديث (٢٣٨٦).

حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

أخرجه أحمد (٢/ ١٨٢) وأبو داود (٣/ ٨١٠) كتاب البيوع والإجارات: باب الرجوع في الهبة حديث (٣٥٤٠) والنسائي (٦/ ٢٦٤ ـ ٢٦٥) كتاب الهبة: باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده، كلهم من طريق =

وقيل: العَدْلُ بينهم: أن يجعل للذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأنثيين.

والأصحُّ هو التسويَةُ؛ فلو نَحَلَ بعضَ الأولادِ دُونَ البَعْضِ ـ: يصحُّ مع الكراهيَةِ.

وقال شُرَيْحٌ وأحمدُ: لا يصحُّ؛ وقولُ النبيِّ ـ ﷺ ـ في حديث النعمانِ: «أَرْجِعْهُ»: دليلٌ علَىٰ صِحَّةِ الهِبَةِ، والرجُوعُ مكروهٌ، إذا كان قد سَوَّىٰ بين الأولادِ أو لَمْ يَكُنْ له إلا وَلَدٌ واحدٌ، فإنْ كان له أولادٌ، وقد خَصَّ بعضَهُمْ بالنِّحْلَةِ ـ: فلا يُكْرَهُ الرجُوعُ، والأَوْلَىٰ ألاَّ يَرْجِعَ ويُعْطِيَ الآخَرِينَ مثلَهُ، ولا فَرْقَ في ثبوتِ الرجُوعِ بَيْنَ أن يكُونَ الوَالِدُ وَالوَلَدُ [مختلفينِ، في الدِّينِ أو مُتَّفِقَيْنِ][(1)] ولو تصدَّقَ علىٰ ولده بشَيْءٍ: هل يجوزُ له الرُّجُوعُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يَجُوزُ، كالهبةِ.

والثاني: لاَ يَجُوزُ؛ لأنَّ الصدَقَةَ يُرَادُ بها ثوابُ الآخرةِ، وقد حَصَلَ.

ولو وهَبَ، لابْنٍ بشَرْطِ الثوابِ، فَأَثَابَهُ الابْنُ ـ: يجوزُ للأبِ الرجوعُ؛ لأن الثَّوَابَ بِرٌّ مِنَ

= عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ قال: «مثل الذي يسترد ما وهب كمثل الكلب يقيء فيأكل قيئه فإذا استرد الواهب فليوقف فليعرف بما استرد ثم ليدفع إليه ما وهب.

حديث أبي هريرة:

أخرجه أحمد (٢/٢٥٩، ٤٣٠، ٤٩٢) وابن ماجه (٢/٧٩٧) كتاب الهبات: باب الرجوع في الهبة حديث (٢٣٨٤) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/٧٨) كتاب الهدية والهبة: باب الرجوع في الهبة والعقيلي في «الضعفاء» (٤/٣٢٢) كلهم من طريق خلاس بن عمرو عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «العائد في هبته كالكلب يأكل حتى إذا شبع قاء ثم يعود في قيئه» وهذا إسناد ضعيف لانقطاعه.

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/٢٣٥): هذا إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع قال الإمام أحمد بن حنبل وغيره خلاس بن عمرو الهجري لم يسمع من أبي هريرة شيئاً.

وقال العلائي في «جامع التحصيل» (ص ـ ١٧٣): وقال يحيى بن سعيد كان في أطراف عوف خلاس ومحمد عن أبي هريرة حديث «إن موسى عليه السلام كان حيياً فقالت بنو إسرائيل هو آدر «فسألت عوفاً فترك محمداً وقال: خلاس مرسلي ـ أي لم يرو عن أبي هريرة.

حديث جابر

أخرجه الطبراني في «الصغير» (٢/ ١١٤) والعقيلي في «الضعفاء» (٣/ ٤٥) من طريق عبد الحميد بن الحسن الهلالي عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال: «العائد في هبته كالعائد في قيئه».

قال الطبراني: لم يروه عن محمد بن المنكدر إلا عبد الحميد بن الحسن.

وقال العقيلي: عبد الحميد لا يتابع على حديثه عن ابن المنكدر والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٥٦) وقال: رواه الطبراني في الصغير وفيه عبد الحميد بن الحسن الهلالي وثقه ابن معين وأبو حاتم وضعفه أبو زرعة وغيره اهـ.

(١) في د: متفقين في الدين أو مختلفين.

الوَلَدِ وعلى الولد أن يَبَرَّ أباه في جَمِيعِ الأحوالِ.

ولو تداعىٰ رجُلاَنِ نسَبَ مولودٍ، ووهَبَا له مالاً ـ: لم يَجُزْ لواحدٍ منهما أن يَرْجِعَ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ أنه ٱبْنُهُ؛ فإنْ ألحق بأحدِهِمَا: هَلْ له أن يَرْجِعَ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يَجُوزُ؛ لأنَّهُ ثَبَتَ أنَّه ولده.

والثاني: لا يَجُوزُ؛ لأنَّهُ لم يَكُنِ الرُّجُوعِ ثابتاً حالة العَقْدِ؛ فلا يثبُتُ بعده.

ولَوْ وَهَبَ مِنْ عَبدِ ولدِهِ شيئاً ـ فهو كما لو وَهَبَ لولده، فله الرجوعُ؛ وإنما يَجُوزُ للأبِ الرجُوعُ فيما وَهَبَ لابْنِهِ إذا كان الموهُوبُ قائماً في مِلْكِ ٱلابنِ: فإنْ كان تالفاً أو خَرَجَ عَنْ ملكه أو كانَتْ جاريةٌ. استولَدَهَا أو دارٌ أوقَفَها ـ: لا رجُوعَ له فيه، ولا في قيمتِهِ، وإن خَرَجَ عَنْ ملكه[1]، وعاد إلَيْهِ ـ: هل للأبِ الرُجُوعِ فيه؟ فعلَىٰ وجهين:

أحدهما: له ذلِكَ؛ لأنَّه وجد عَيْنَ مَالِهِ.

والثاني: لَيْسَ له ذلك؛ لأنَّ هذا المِلْكَ لم يَحْصُلْ له من الأب، وإنْ كان ٱلابْنُ قَدْ وهَبَهُ من إنسانٍ، ولم يَقْبِضْهُ أو رَهَنَهُ، ولم يقبضْهُ، أو كان عبداً قَدْ بَرَّهُ ـ: فللأبِ الرجُوعُ فيه، وإن كان قد رَهَنَهُ وأقبضه، أَوْ كاتَبَهُ ـ: لا يمكنُهُ الرجوعُ فيه، فإن[2] ٱفْتَكَّ الرهْنُ، أو عَجَزَ عن أداءِ النجومِ ـ: فله الرجُوعُ؛ لأنَّ مِلْكَ ٱلابنِ لم يَزُلْ عنه، وإنْ كَانَ قَدْ أَجرَهُ ٱلابْنُ، أو كانَتْ جاريةٌ، فزوَّجها ـ: له الرجوعُ، ولا يفسخ النكاح، ولا الإجارَة.

ولو مَاتَ ٱلابْنُ، فصارَ مِيراثاً لابنِ ٱبْنِهِ، أو[3] باعه ٱلابْنُ مِنْ ٱبْنِهِ ـ: لا رجُوعَ للجَدِّ، وإن كان ٱلابْنُ وهَبَهُ مِن ٱبْنِهِ ـ: فهل للجد الرجوعُ، سواءٌ كَانَ ٱبنُهُ حَيّاً أو مَيّتاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنَّهُ خرج عَنْ مِلْكِ الموهوبِ له؛ كما لو باعه.

والثاني: لَهُ الرجُوعُ؛ لأنَّ ٱلابْنَ وهبه، ممَّنْ لَهُ الرجوعُ في هبته.

ولو أفْلَسَ ٱلابْنُ الموهوبُ له، وحَجَرَ عليه القاضِي، والموهوبُ قائمٌ في يَدِهِ ـ: هل للأب الرجوعُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لاَ؛ لأنَّهُ تعلَّقَ به حَقُّ الغرماء؛ كما لو كان موهوباً.

والثاني: له ذلكَ؛ لأنَّ حَقَّهُ كان سابقاً وإن[4] ارتدَّ ٱلابْنُ، فإنْ قلنا: مِلْكُهُ بالردة لا يزُولُ ـ: فللأبِ أنْ يَرْجِعَ، وإن قلْنا: زَالَ ملكه ـ: فلا رجوعُ له، فإذا عَادَ إلى الإسْلامِ ـ: له أن يَرْجِعَ؛ لأنَّا بيَّنا أنَّ ملْكَهُ لم يَزُلْ، وإن كان الموهوبُ قائماً في يَدِ ٱلابْنِ؛ لكنَّه تغيَّر ـ نظر: إنْ كان قد تغيَّر بنقصانٍ: رَجَعَ الأبُ فيه، ولَمْ يَكُنْ له أن يغرِّمه أرْشَ النقصانِ؛ كما لو كان تالِفاً ـ:

---

(١) في د: قيمته.
(٢) في د: وإن كان.
(٣) في أ: ولو.
(٤) في أ: ولو.

لم يكن له أن يغرّمه[1] القيمَةَ، وإن تغيَّرَ بزيادةٍ ـ نظرَ:

إن كانت الزيادةُ متَّصلةً؛ مثلُ سَمن الدابَّة، وكبَرِ الوَدِيِّ، وتعلُّم الحرفةِ في العبد ـ: فله أنْ يَرْجِعَ فيه مَعَ الزِّيَادة، وإنْ كانَتْ منفصلةً؛ كالولد والكَسْبِ وثَمَرة الشجرة: فله أنْ يَرْجِعَ في الأَصْلِ، وتَبْقَى الزيادةُ لِلابْنِ.

ولو وَهَبَ مِنْ ولده جاريةً أو شاةً حاملاً، فَرَجَعَ، وهِيَ حَامِلٌ بذلك الوَلَدِ، فله أن يرجع فِيهَا حاملاً، ولو وَهَبَهَا حاملاً، فوضَعَتْ ـ: له الرُّجُوعُ في الأُمِّ، وهَلْ له أَخْذُ الوَلَدِ؟ فيه قولان:

إن قلْنا: الحَمْلُ يُعْرَفُ: فله أَخْذُ الولدِ؛ كما لو وهب مِنْهُ شَيْئَيْنِ؛ فله أن يَرْجِعَ فيهما جميعاً، وإن قلنا: الحَمْلُ لا يُعْرَفُ ـ: فلَيْسَ له أَخْذُ الولدِ؛ كما لو وَهَبَها حاملاً، فولَدَتْ ـ: أَخَذَ الأُمَّ دون الولدِ، ولو وَهَبَهَا حاملاً، فولدَتْ[2]: فإن قُلْنا: الحَمْلُ لا يُعْرَفُ ـ: فلَهُ أَنْ يأْخُذَهَا حاملاً، وإنْ قلْنا: الحَمْلُ يُعْرَفُ ـ: فالولَدُ للابْنِ، وهَلْ للأبِ أنْ يَرْجِعَ فِي الأمِّ أَمْ[3] يَصْبِرُ حتَّىٰ يوضع[4] الحَمْلُ؟ فيه وجهان:

ولو وَهَبَ منه عَصِيراً، وتخَمَّر[5]، ثم تخلَّل ـ: له أنْ يَرْجِع؛ لأنَّ ملكه ـ وإنْ زَالَ بالتخمُّر[6] ـ فقد عاد المِلْكُ الأول بالتخلُّل؛ بدليل أنه لو رَهَنَ عصيراً؛ فتخمَّر، ثم تخلَّل ـ: عاد رهناً، ولو وَهَبَ حِنْطَةً، فبذرها ٱلابْنُ، فنبتت، أو بَيْضَةً، فصارَتْ فَرْخاً ـ: فلا رجوعَ له.

قال الشَّيْخُ ـ رحمه الله ـ: هَذَا يُبْنَىٰ علَىٰ أنه هل يَجِبُ على الغَاصِبِ الْبَدَلُ أَمْ لاَ؟ إنْ لَمْ نوجِبِ البَدَلَ على الغَاصِبِ ـ: جَعَلْنَا عَيْنَ ماله قائمةً ـ: فله الرجُوعُ فيها، وإنْ أوجبنا البَدَلَ: إنْ جَعَلْنَاهَا هالكةً ـ: فلا رُجُوعَ له ههنا ـ وإنْ كان الموهوبُ ثوباً، فصبغه ٱلابْنُ ـ: فللأَبِ أنْ يَرْجِعَ فيه، ويكون ٱلابْنُ شريكاً معه فيه، وإنْ كانَ قَصَرَهُ، أو كان غزلاً، فنسجه، أو حِنْطَةً، فطحنها ـ: رَجَعَ فيه الأَبُ.

قال الشيخُ ـ رحمه الله ـ: وهَلْ يَكُونُ ٱلابْنُ شريكاً فيه؟ إنْ زادَتْ قيمتُهُ، وجعَلْنا فعْلَهُ عيناً ـ: يكون شريكاً فيه؛ وإلاَّ فلا؛ كما في الإفلاسِ، وإن كان الموهُوبُ أرْضاً، فغرس، أو بنى فيها الابْنُ ـ: فللأَبِ الرجوعُ في الأرْضِ، ولا حَقَّ له في الغراسِ والبناءِ؛ كما ذكرنا في «التفليس»؛ وكُلُّ موضعٍ أثبتنا الرجُوعَ، فيَحْصُلُ الرجُوعُ بقوله: رَجَعْتُ أو أَبْطَلْتُ الهِبَةَ، فلو لم يَرْجِعْ صريحاً؛ لكنْ باعه مِنْ آخر، ووَهَبَهُ ـ: فهَلْ يكُونُ رجوعاً؟ فيه وجهان:

---

(١) في د: يعوضه.

(٢) في د: حائلاً فحبلت.

(٣) في د: أو.

(٣) في د: تضع.

(٤) في د: فتَخَمر.

(٥) في د: التخمر.

أصحُّهما: لا يكونُ رُجُوعاً؛ كما لو باع المَبِيعَ في زمانِ الخيارِ؛ يكُونُ فَسْخاً.

والأوَّلُ: المذهب؛ أنه لا يكُونُ رجوعاً؛ بخلافِ البَيْعِ في زمانِ الخِيَارِ؛ لأنَّ مِلْكَ المُشْتَرِي في زمانِ الخيارِ ضعيفٌ؛ فلم يمنع تصرُّفَ البائِعِ ومِلْكُ الابْنِ عَلَى الموهُوبِ قائمٌ؛ بدليلِ نفوذِ تَصَرُّفاته فيه؛ فلم ينفذ تصرُّف الواهِبِ، فَإِنْ قُلْنا: يكونُ رجوعاً ـ: فهل تصحُّ الهبة والبَيْعُ؟ فيه وجهان؛ كالبيعِ فِي زَمَانِ الخيارِ.

ولو أَعْتَقَهُ الأبُ، أو كان طَعَاماً، فأكله، أو جَارِيَةً فوطئها ـ: فالصحيح: أنَّه لا يكُونُ رجوعاً حتَّىٰ لا ينفذ الْعِتْقُ، وإذا استولد بالوطء ـ: يَجِبُ عليه قيمتها[1]، وإنْ كان طعاماً، فَأَكَلَهُ يَجِبُ عَلَيْهِ قيمَتُهُ، وإذا رَجَعَ الأبُ في الهِبَةِ، فَقَبْلَ أنْ يستردَّهُ: يكُونُ أمانةً في يدِ الابْنِ حَتَّىٰ لو هلك في يَدِهِ: لا ضَمَانَ عليه؛ بخلاف ما لو فَسَخَ البَيْعَ ـ: كان المَبِيعُ مضموناً على المشترِي؛ لأنه أَخَذَهُ في الابتداءِ على حُكْمِ الضمان.

فَصْلٌ في بَيَانِ حُكْمِ الهَدِيَّة

رُوِيَ عَنْ رَسُولِ الله ـ ﷺ ـ أَنَّهُ قَالَ: «يَا نِسَاءَ المُسْلِمَاتِ، لاَ تُحَقِّرَنَّ جَارَةٌ بِجَارَتَها، وَلَوْ فِرْسِنَ شَاةٍ»[2].

الهَدِيَّةُ مندوبٌ إليها؛ قَالَتْ عَائِشَةُ ـ رضي الله عنها ـ: كَانَ النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ يَقْبَلُ الهَدِيَّةَ وَيُثِيبُ عَلَيْهَا[3]، وَلاَ يَسْتَحْقِرُ المهدي[4] القَلِيلَ، فَيَمْتَنِعَ مِنْ أَنْ يُهْدِي بِهِ؛ للحديث، وقد قال النبيُّ ـ ﷺ ـ في الصَّدَقَةِ: اتَّقُوا النَّارَ وَلَوْ بِشِقِّ تَمْرَةٍ[5]، ولاَ يَسْتَنْكِفُ المُهْدَىٰ إِلَيْهِ مِنْ قَبُولِ القَلِيلِ»؛ قَالَ النَّبِيُّ ـ ﷺ ـ: «لَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ ذِرَاعٌ ـ: لَقَبِلْتُ، وَلَوْ دُعِيتُ إِلَىٰ كُرَاعٍ ـ: لأَجَبْتُ»[6]، ولا تحتاجُ الهديَّةُ إلى إيجابٍ وقبولٍ؛ لأنها ليْسَتْ بعقدٍ؛ كالصدقة؛ بَلِ البَعْثُ من

(١) في د: قيمته.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) تقدم تخريجه في الزكاة.
(٤) في د: أن يهدي.
(٥) تقدم في الزكاة.
(٦) أخرجه البخاري (٩/ ١٥٤) كتاب النكاح: باب من أجاب إلى كراع حديث (٥١٧٨) والبيهقي (٦/ ١٦٩) كتاب الهبات: باب التحريض على الهبة وابن حبان (٧/ ٣٤٩) رقم (٥٢٦٧) والخطيب في «تاريخ بغداد» (١٢/ ١٤) والبغوي في «شرح السنة» (٣/ ٣٨٢ بتحقيقنا) من حديث أبي هريرة مرفوعاً وفي الباب عن أنس وابن عباس.
حديث أنس.
أخرجه الترمذي (٣/ ٦٢٣) كتاب الأحكام: باب ما جاء في قبول الهدية وإجابة الدعوة حديث (١٣٣٨) وفي الشمائل رقم (٣٣٨) وأحمد (٣/ ٢٠٩) وابن حبان (١٠٦٥ ـ موارد) وأبو الشيخ في «أخلاق =

جهة المُهْدِي كالإيجابِ، والقَبْضُ مِنَ المُهْدَىٰ إِلَيْهِ كَالقَبُولِ، ولا تَتِمُّ إلا بالقَبْضِ؛ حتَّىٰ لو وَعَدَ إنساناً هديَّةً أو صدقةً: فإن شاء وَفَاهُ، وإن شاء لم يَفِ، والوفاءُ بالموعودِ أَلْيَقُ بحالِ أَهْلِ الإيمانِ، ولا رُجُوعَ في واحِدٍ منهما بَعْدَ القَبْضِ، ولو بعث هديَّةً إِلَىٰ إنسانٍ على يَدِ رَسُولٍ، فمات المُهْدِي قبل وصولها إلى المَبْعُوثِ إليه ـ: كان لورثةِ المُهْدِي، ولَوْ أَرْسَلَ هديَّةً في ظَرْفٍ ـ: يكُونُ الظَّرْفُ أَمَانَةً فِي يَدِ المُهْدَىٰ إِلَيْه: فإن ٱستعمله في غير الهديَّة ضمن، وإن كان شيئاً جَرَتِ العادَةُ بتفريغِ الظَّرْفِ مِنْهُ: يجبُ أنْ يفرغ، وإنْ جَرَتِ العادةُ بالتَّناوُلِ منه ـ: جَازَ أن يَتَنَاوَلَ منه.

قال الشيخُ ـ رحمه الله ـ: فإنْ تَنَاوَلَ منه ـ: كان كالمستَعَارِ، والله أعلم.

= النبي» (ص ٢٣٤) والبيهقي (٦/ ١٦٩) كتاب الهبات: باب التحريض على الهبة والبغوي في شرح السنة (٧/ ٣٦) كلهم من طريق قتادة عن أنس مرفوعاً.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وصححه ابن حبان.

وللحديث طريق آخر عن أنس بلفظ:

«يا معشر الأنصار تهادوا فإن الهدية تحل السخيمة وتورث المودة فوالله لو أهدى إلي كراع لقبلت ولو دعيت إلى ذراع لأجبت» قال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٤٩): رواه الطبراني في الأوسط والبزار بنحوه وفيه عائذ بن شريح وهو ضعيف.

حديث ابن عباس.

أخرجه الطبراني في «الكبير» (١١/ ١٢٠) رقم (١١٢٣٦) من طريق عبد الله بن المؤمل عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس مرفوعاً: لو دعيت إلى كراع لأجبت.

وقال الهيثمي في «المجمع» (٣/ ٥٦): رواه الطبراني في الأوسط وفيه عبد الله بن المؤمل وثقه ابن سعد وابن حبان وقال يخطىء وضعفه جماعة.

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ اللُّقَطَةِ[1]

رُوِيَ عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الْجُهَنِيِّ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَىٰ رَسُولِ اللهِ - ﷺ - فَسَأَلَهُ عَنِ اللُّقَطَةِ؟ فَقَالَ: «اَعْرِفْ عِفَاصَهَا[2] وَوِكَاءَهَا[3]، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً؛ فَإِن جَاءَ صَاحِبُهَا؛ وَإِلاَّ فَشَأْنَكَ بِهَا»، قال:

---

(١) اللقطة لغة: اسم لما يُلْقَطُ، وفيها أربع لُغَاتٍ، نظمها شيخنا أبو عبد الله بن مالك فقال: [الرجز]

لُقَاطَةٌ، ولُقْطَةٌ، ولُقَطَهْ   وَلَقَطٌ مَا لاَقِطٌ قَدْ لَقَطَهْ

فالثلاث الأول بضم اللام، والرابعة بفتح اللام والقاف، وروي عن الخليل: واللُّقَطَةُ، بضم اللام وفتح القاف: الكثير الالتقاط، وبسكون القاف: ما يلتقط، وقال أبو منصور: وهو قياس اللغة؛ لأن فعلة بفتح العين أكثر ما جاء فاعل، وبسكونها مفعول، كَضُحَكَةٍ للكثير الضَّحِكِ، وضُحْكَة لمن يضحك منه.

انظر: المغرب: ٢/ ١٧٠، المطلع: ص/ ٢٨٢، القاموس المحيط: ٢/ ٢٩٧.

واصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها: أَمَانَةٌ إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها، ويردها على صاحبها، وهي الشيء الذي يجده ملقى ليأخذه أمانة. واللقطة مال معصوم عرض للضياع.

عرفها الشافعية بأنها: مال أو اختصاص محترم، ضاع بنحو غفلة؛ بمحل غير مملوك لم يحرز، ولا عرف الواحد مستحقه، ولا امتنع بفوته.

عَرَّفها المالكية بأنها: مَالٌ معصوم عُرِّضَ للضياع، وإن كلباً أو فرساً.

عرفها الحنابلة بأنها: المَالُ الضائع من رَبِّه، يلتقطه غيره.

انظر: شرح فتح القدير: ٦/ ١١٨، حاشية ابن عابدين: ٣/ ٣٤٨، تبيين الحقائق: ٣/ ٣٠١، نهاية المحتاج: ٥/ ٤٢٦، مغني المحتاج: ٢/ ٤٠٦، الشرقاوي على التحرير: ٢/ ١٣٥، جواهر الإكليل: ٢/ ٢١٧، حاشية الدسوقي: ٤/ ١١٧، الشرح الصغير: ٣/ ٣٥٠، المغني لابن قدامة: ٥/ ٦٦٣، كشف القناع: ٤/ ٢٠٨ - ٢٠٩.

(٢) العِفَاصُ: جِلْدٌ يُلْبَسُهُ رَأْسُ القَارورَةِ، وأَمَّا الَّذي يُدْخَلُ فِي فيها فَهُوَ الصِّمامُ.

قَالَ أبو عُبَيْدٍ: هو الوِعاءُ الَّذي تَكونُ فيهِ النَّفَقَةُ، إنْ كانَ جِلْداً أَوْ خِرْقَةً أَوْ غير ذلك، وأصله: الأَوَّلُ.

(٣) الوِكَاءُ: أصله: من أوكيت: إذا شددت، وفي الحديث: «لا تُوكِي فَيُوكِيَ الله عَلَيْكِ» ينظر النظم (٢/ ٧٥).

فضالَّةُ الغنَمِ؟ قالَ: «هِيَ لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ»، قال: فَضَالَّةُ الإِبِلِ؟ قَالَ: «مَا لَكَ وَلَهَا؟! مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا، تَرِدُ الْمَاءَ، وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ، حَتَّىٰ يَلْقَاهَا رَبُّهَا»[1].

اللُّقَطَةُ: اسْمٌ للمال الذي يوجَدُ ضائعاً، فيُلتقط.

إذا وَجَدَ أمينٌ لُقَطَةً في غَيْرِ الحَرَمِ: مِنْ نَقْدٍ، أو متاعٍ ـ: يجوزُ له أنْ يأخُذَهَا، ويعرِّفها سَنَةً، فإنْ جاء صاحبُهَا؛ وإلا يتملَّكُهَا، فإنْ أَخَذَهَا بنيَّةِ الاختزالِ ـ: كان ضامناً، ولَمْ يكُنْ له أَنْ يتملَّكَهَا، وإنْ عرَّفها سِنِينَ؛ كالغاصِبِ ـ: لا يملكُ المغصُوب، وَهَلْ يَبْرَأُ بالدفعِ إلى الحاكمِ؟ فيه وجهان؛ كالمغصُوبِ، وإنْ أخذها؛ ليحفَظَهَا للمالِك ـ: جَازَ، وهَلْ يَلْزَمُهُ التعريفُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يَلْزَمُهُ؛ لأَنَّ التعريف للتملُّكِ، وهو لا يريدُ تَمَلُّكَهَا.

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٧٥٧) كتاب الأقضية: باب القضاء في اللقطة حديث (٤٦) والبخاري (٥/ ٨٤) كتاب اللقطة: باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة حديث (٢٤٢٩) ومسلم (٣/ ١٣٤٦) كتاب اللقطة: باب اللقطة حديث (١/ ١٧٢٢) وأبو داود (٢/ ٣٣١) كتاب اللقطة: باب التعريف باللقطة حديث (١٧٠٤) والترمذي (٣/ ٦٥٥) كتاب الأحكام: باب اللقطة وضالة الإبل حديث (١٣٧٢) وابن ماجه (٢/ ٨٣٦) كتاب اللقطة باب ضالة الإبل حديث (٢٥٠٤) والشافعي (٢/ ١٣٧) كتاب اللقطة حديث (٤٥٣) وأحمد (٤/ ١١٥) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٦٦٦) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٣٤) والدارقطني (٤/ ٢٣٥) والبيهقي (٦/ ١٨٥) كتاب اللقطة: باب اللقطة يأكلها الغني والفقير وعبد الرزاق (١٠/ ١٣٠) رقم (١٨٦٠٢) والحميدي (٢/ ٣٥٧ ـ ٣٥٨) رقم (٨١٦) وعبد بن حميد في «المنتخب من المسند ـ (ص ـ ١١٧ ـ ١١٨) رقم (٢٧٩) وابن طهمان في «مشيخته» (ص ـ ٥٦، ٥٧) رقم (٤) والطبراني في «الكبير» (٥) رقم (٥٢٤٩، ٥٢٥٠، ٥٢٥١، ٥٢٥٢، ٥٢٥٣، ٥٢٥٤، ٥٢٥٥، ٥٢٥٦، ٥٢٥٧، ٥٢٥٨) والبغوي في شرح السنة (٤/ ٤٣٨ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد به.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وأخرجه مسلم (٣/ ١٣٤٧) كتاب اللقطة: باب اللقطة حديث (٧/ ١٧٢٢) وأبو داود (١/ ٥٣٣) كتاب اللقطة: باب التعريف باللقطة حديث (١٧٠٦) والترمذي (٣/ ٦٥٦) كتاب الأحكام: باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل حديث (١٣٧٣) وابن ماجه (٢/ ٨٣٨) كتاب اللقطة: باب اللقطة حديث (٢٥٠٧) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٣٨) كتاب البيوع: باب اللقطة والضوال والبيهقي (٦/ ١٨٦) كتاب اللقطة: باب اللقطة يأكلها الغني والفقير، وابن الجارود (٦٦٩) كلهم من طريق بسر بن سعيد عن زيد بن خالد الجهني قال: سئل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال: «عرفها سنة فإن لم تُعترف فاعرف عفاصها ووكاءها ثم كلها فإن جاء صاحبها فأدها إليه».

قال الترمذي: حديث حسن غريب.

والثاني: وهُوَ الأَصَحُّ ـ: يجبُ تعريفُها؛ لأنَّه إذا لم يعرِّف ـ: لا يهتدي إِلَيْهِ المالكُ؛ فيضيع ملكه.

ولو دَفَعَهَا إلى الحَاكِمِ ـ: يجبُ قبولُهَا؛ بخلافِ الوديعةِ: لا يجبُ على الحاكِمِ قبولُهَا من وجْهٍ؛ لأنَّه ٱلْتَزَمَ حفظَهَا وٱئتمنه المالِكُ؛ فلا يجوزُ لَهُ دَفْعُهَا إلى غيرِهِ لغَيْرِ ضرورةٍ، ولو دَفَعَهَا إِلَىٰ غيرِ الحاكم ـ: جاز، وإِنْ دَفَعَ بغَيْرِ أَمْرِهِ ـ: ضَمِنَ، فإِنْ قلنا: لا يجبُ التعريفُ ـ: فيكونُ أمانَةً في يده؛ لا يضمنُ إذا تلفَ عنده، ثم إِذَا بَدَا لَهُ أَنْ يتملَّك ـ: يعرِّفها سنةً مِنْ وقْتِ ما بَدَا لَهُ ذَلِكَ، وإِنْ[1] قُلْنا: يلزمه التعرفُ بكُلِّ حالٍ ـ: فيصير ضامناً بتركِ[2] التعريفِ، حتَّىٰ لو ٱبتدأ التعريفَ بَعْدَ التأخيرِ، فهلَكَ في السَّنَةِ ـ: يجبُ عليه الضمانُ.

وٱبتداءُ السنةِ يَكُونُ مِنْ وَقْتِ التعريفِ، لا مِنْ وقتِ الأَخْذِ، وإذا أَخَذَ بنيَّةِ التعريفِ، ثم غيَّر النية إلى ٱلاختزالِ ـ: لا يدخُلُ في ضمانِهِ، ما لم ينقلها عَنْ موضِعِها علَىٰ هذه النيَّة، فإن نقلها ـ: كَانَ ضامناً، وهَلْ يملكُه بَعْدَ التعريفِ؟ فيه وجهان: **أصحُّهما**: يملكُ.

ومَنْ وَجَدَ لقطةً ـ: هل يجبُ عليه أخذُهَا؟

نص ـ ههنا ـ فقال: لا أحبُّ تركها.

وقال في موضع آخَرَ: لا يَحِلُّ تركُها، إذا كان أميناً.

ٱختلَفَ أصحابنا فيه:

منهم من جعل على قولين:

أحدهما: لا يجبُ أخذُهَا؛ لأنَّه أمانَةٌ؛ فلا يجبُ أَنْ يأخُذَهَا؛ كما لو دَفَعَ رَجُلٌ إليه وديعةً: لا يجبُ عليه قَبُولُهَا..

والثاني: يجبُ؛ لأنَّ الله تعالَىٰ قَالَ: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١].

وَلاَ يَجُوزُ للوليِّ تَرْكُ حفظِ المالِ، ولأَنَّ للمالِ حُرْمَةً، كما لمالكه؛ فلا يجوزُ تركُهُ بمضيعةٍ؛ كما لا يجوزُ تَرْكُ مالكه[3].

ومِنْ أصحابنا مَنْ قال ـ وهو قَوْلُ أبي العَبَّاس وأبي إِسْحَاق ـ: إِنْ كان علَىٰ مَمَرِّ الفَسَقَةِ وأَهْلِ الخيانة ـ: يجبُ أخذها؛ وإلاَّ فلا يجبُ؛ لأنَّ غيره يَقُومُ مقامه في الْحِفْظِ.

فإن قلنا: لا يجبُ الأخذُ ـ: هل يستحبُّ الأَخْذُ؟ فيه وجهان:

---

(١) في د: وإذا.
(٢) في د: يترك.
(٣) في د: ماله.

وإن قلنا: يجبُ الأخذُ، فلَمْ يأخُذْ ـ: يعصي بتَرْكِهِ، ولكنْ لا يجبُ عليه الضمانُ؛ كما يجبُ على صاحب الطَّعامِ إطعامُ المضطرِّ؛ فإنْ لَمْ يطعمه حَتَّىٰ ماتَ عَصَى الله تَعالَىٰ، ولا ضمانَ(١) عليه، هذا إذا كان الملتَقِطُ أميناً؛ فإن لم يَكُنْ أميناً ـ فالأولَىٰ: ألاَّ يأخذها؛ لأنَّهُ ربَّما تدعوه نَفْسُهُ إلى ٱستباحتها وكتمانِها.

وإذا أخَذَ اللقطةَ ـ: يُعْرِفُ عفاصَهَا، وهو: الوعاءُ الذي فيه [النفقةُ] مِنْ جلدةٍ وغيرها، وَوِكَاءَهَا، وهو: الخيطُ الذي شُدَّ به، وجِنْسَهَا، وهو: أنه ذهَبٌ أو فِضَّةٌ، وقَدْرَهَا: مِنَ الوَزْنِ، والعَدَدِ، وصِفَتَهَا، ومعرفةُ هذِهِ الأشياءِ لئلاَّ يختَلِطَ بمالِهِ، وليعرف صدق مَنْ يَدَّعيه، وهَلْ يجبُ الإشهادُ عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجبُ؛ لأنَّه أمانةٌ عنده؛ كالوديعةِ.

والثاني: يجبُ؛ كما رُوِيَ عَنْ عِيَاضِ بْنِ حَمَارٍ؛ أنَّ النبيَّ ﷺ ـ قَالَ: «مَنِ ٱلْتَقَطَ لُقَطَةً ـ: فَلْيُشْهِد ذَا عَدْلٍ أَوْ ذَوِي عَدْلٍ وَلاَ يَكْتُمْ وَلاَ يُغَيِّبْ»(٢) لأنَّ مالكَهَا غيْرُ ظاهرٍ؛ فربَّما يَمُوتُ الملتَقِطُ، فيتملكها وارثُهُ، ويضيع حَقّ المالك؛ بخلافِ الوديعةِ؛ فإنَّ مَالِكَهَا ظاهرٌ يدَّعيها.

فإنْ قُلْنا: يُشْهِدُ ـ: فعلَىٰ ماذا يُشْهِدُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يُشْهِدُ عَلَىٰ صنعتها.

والثاني: وهو الأصحُّ ـ: يشهدُ عَلَىٰ أصْلِها، ويكون عَلَىٰ جِنْسِهَا دُونَ صنعتها، حتَّىٰ لا يأخُذَهَا الشاهِدُ، فيدعيها لنَفْسِهِ.

ويجبُ أن يعرِّفها سنَةً بالنَّهارِ في الأسواقِ ومجامعِ الناسِ وأبْوَابِ المساجدِ في أوقَاتِ الصلواتِ؛ لاجتماعِ النَّاسِ.

ولا يُعَرِّفُ في المسجدِ؛ لما رُوِيَ عَنْ أبي هُرَيْرَةَ ـ رَضي الله عنه ـ قَالَ: قَالَ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ: «مَنْ سمعَ رَجُلاً يَنْشُدُ ضَالَّةً فِي المَسْجِدِ، فَلْيَقُلْ: لاَ رَدَّهَا الله عَلَيْكَ؛ فَإنَّ

---

(١) في د: فلا ضمان عليه.

(٢) أخرجه الطيالسي (١/ ٢٧٩ ـ منحة) كتاب الشفعة واللقطة: باب اللقطة حديث (١٤٠٩) وأحمد (٤/ ١٦١) وأبو داود (٢/ ٣٣٥) كتاب اللقطة: باب التعريف باللقطة حديث (١٧٠٩) وابن ماجه (٢/ ٨٣٧) كتاب اللقطة: باب اللقطة (٢٥٠٥) والنسائي في «الكبرى» كما في «تحفة الأشراف» (٨/ ٢٥٠) وابن حبان (١١٦٩ ـ موارد) وابن الجارود رقم (٦٧١) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٣٦) كتاب الإجارات: باب اللقطة والضوال، وفي «مشكل الآثار» (٤/ ٢٠٧ ـ ٢٠٨) والطبراني في «الكبير» (١٧) رقم (٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٩، ٩٩٠) والبيهقي (٦/ ١٨٧) كتاب اللقطة: باب اللقطة يأكلها الغني والفقير، وابن عبد البر في «التمهيد» (٣/ ١٢١ ـ ١٢٢) كلهم من طريق خالد الحذاء عن يزيد بن عبد الله بن الشخير عن مطرف عن عياض بن حمار به.

المَسَاجِدَ لَمْ تُبْنَ لِهَذَا»[١] ويكونُ أَكْثَرُ تعريفِهِ حَيْثُ وَجَدَهُ وحوالَيْهِ؛ لأن صاحَبَهُ يَطْلُبُهُ حيْثُ ضَاعَ منه، ولا يحسبُ التعريفُ باللَّيَالِي؛ لأنَّها وقْتُ تَفرُّقِ الناسِ، ولا يجبُ المداومَةُ على التعريفِ أَنَاءَ الليل والنَّهارِ؛ بل على العادَةِ في الأُسْبُوعِ الأوَّل في كُلِّ يَومٍ مرَّتَيْنِ طَرَفِي النهارِ، ثم في كُلِّ يَوْمٍ مَرَّةً، ثم في كلِّ أسبوعٍ مَرَّةً، وهَلْ يشتَرَطُ الموالاةُ في التعريفِ، أو يَجُوزُ متفرِّقاً؛ مِثْلُ: أَنْ عَرَّفَ اثْنَىٰ عَشَرَ شهراً فِي اثْنَي عَشَرَ سَنَةً؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: يجوزُ متفرِّقاً؛ [كَمَنْ نَذَرَ صَوْمَ سنةٍ: يجوز أَنْ يَصُومَها متفرِّقاً.

والثاني: لا يَجُوزُ؛ لأنه إذا فَرَّقَ وامتدَّتِ المدَةُ ـ: لا يظهَرُ أثرُهُ، فعلَىٰ هذا: إذا][٢] قطَعَ ـ: يجبُ أَنْ يَسْتَأْنِفَ تعريفَ سَنَةٍ.

ويَقُولُ في التعريفِ: مَنْ ضاع لَهُ شيء.

ولا بأسَ مِنْ ذِكْرِ جِنْسِهِ، فَيَقُول: مَنْ ضَلَّتْ له دَرَاهِمُ أو دَنَانِيرُ، ولا يذكر وَصْفَهَا حَتَّىٰ لا يَضْبِطَهَا رَجُلٌ، فيدَّعيها كذباً: فإنْ ذَكَرَ وَصْفَهَا وَقَدْرَهَا في التعريف ـ: هَلْ يضْمنُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يَضْمنُ؛ لأَنَّهُ لا يَجِبُ عليه الدَّفْعُ إلى مَنْ يَدَّعِيهِ بمجرَّدِ الوَصْف.

والثاني: يضمنُ؛ لأنَّه لا يُؤْمنُ مِنْ أَنْ يَدَّعِيَهُ رَجُلٌ بتلْكَ الصفةِ، فيدفعه إلَىٰ مَنْ يلزمه الدفْعُ إليه.

ثُمَّ إِنْ لَمْ يتبرَّع المُلْتَقِطُ بالتعريف ـ: فعلَىٰ من تجبُ الأُجْرَةُ؟ نظر: إنْ أَخَذَهَا ليحفَظَها للمالِكِ ـ: فعلَى المَالِكِ، وإنْ أَخذَهَا للتملُّك بعد التعريفِ: فإذا مَضَتِ المُدَّة وتملَّك ـ: فعلى المُلْتَقِطِ، وَإنْ ظهر المَالِكُ قَبْلَ التملُّك ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: عَلَى المُلْتَقِطِ؛ لأنَّه قصد بالتعريفِ التملُّكِ؛ فكان تعريفُهُ لنَفْسِهِ.

والثاني: علَى المالِكِ؛ لأَنَّهُ بَانَ أَنَّ التعريفَ وَقَعَ له، وإنْ[٣] كانَتِ اللقطةُ شيئاً يَسِيراً ـ: هل يجبُ تَعْرِيفُهَا نظر: إنْ كان شيئاً لا يُطْلَبُ كالتمرةِ واللُّقْمَةِ ـ: فلا يُعَرِّفُهُ؛ لما رُوِيَ عَنْ أنسٍ ـ رَضِي الله عَنْهُ ـ قَالَ: مَرَّ النَّبِيَّ ـ عَلَيْهِ السَّلامُ ـ عَلَىٰ تَمْرَةٍ فِي الطَّرِيقِ، فَقَالَ: «لَوْلاَ أَنِّي أَخْشَىٰ أَنْ تكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ ـ: لأَكَلْتُهَا»[٤].

وإنْ كانَتْ مما يُطْلَبُ؛ لكنَّه قليلٌ ـ: فيه وجهان:

---

(١) تقدم في كتاب الصلاة.

(٢) سقط في د.

(٣) في ظـ: ولو.

(٤) أخرجه البخاري (٥/ ٨٦) كتاب اللقطة: باب إذا وجد تمرة في الطريق حديث (٢٤٣١) ومسلم (٢/ ٧٥٢) =

أحدهما: يَجِبُ تعريفُهُ سَنَةً، لظاهر الخَبَرِ.

والثاني: يُكْتَفىٰ فيه تعريفُ ثلاثةِ أيامٍ.

واْختلفوا في القليلِ: قيلَ: ما دُونَ نِصَابِ السَّرِقَةِ قليلٌ؛ لأنَّهُ تَافِهٌ؛ قَالَتْ عائشةُ ـ رَضِيَ الله عَنْهَا ـ: «كَانَتِ الأَيْدِي لاَ تُقْطَعُ فِي الشَّيْءِ التَّافِهِ»[١].

وقيل: مَا دُونَ الدرْهَمِ قليلٌ؛ لأنَّ العامَّةَ يَعُدُّونَ ما دون الدرهم قليلاً، وَيَكُونُ للدرهمِ عِنْدَهُمْ فَطرٌ.

وَقِيلَ: الدِّينَارُ قليلٌ، فإنْ زَادَ ـ: يُعَرِّفه سَنَةً؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ كَرَّمَ الله وَجْهَهُ ـ أَنَّهُ وَجَدَ دِيناراً، فَعَرَّفَهُ ثَلاثاً، فَقَالَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ السَّلاَمُ ـ كُلْهُ»[٢].

وَرُوِيَ أَنَّهُ وجد ديناراً، فسأَلَ النَّبِيَّ عليه السَّلاَمُ ـ فَقَالَ: هَذَا رِزْقُ الله، فاْشْتَرَى بِهِ دَقِيقاً وَلَحماً»، فأكل منه رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ وعليٌّ وفاطمةُ ـ رَضِيَ الله عنهما ـ ثم جَاءَ صاحبُ الدينارِ يَنْشُدُ الدِّينَارَ، فَقَالَ النبيُّ ـ عليه السلامِ ـ «يَا عَلِيُّ، أَدِّ الدِّينَارَ»[٣].

وإذا عَرَّفَ اللُّقَطَةَ سَنَةً، ولم يَجِدْ صاحبها ـ: تملَّكها الملتقط، فَقِيراً كان أو غنيًّا.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ؛ إن كان غنيًّا ـ: لا يحلُّ له الصدقَةُ، فلا يجوزُ أن يتملَّكَ اللُّقَطَة؛ بل إنْ شاء حفظها للمالك[٤]، وإن شَاءَ تصدَّق بها، وإنْ كان فقيراً: فإنْ شَاءَ حَفِظَهَا للمالِكِ، وإنْ شَاءَ ـ: تصدَّق بها عَلَىٰ نَفْسِهِ أو عَلَىٰ غيره: فإذا تصدَّقَ، ثم حَضَرَ المَالِكُ: فإن أجازَ الصدقَةَ؛ وإلاَّ فالثَّوَابُ للملْتَقِطِ، وعليه الغُرْمُ للمالِكِ، والحديثُ حُجَّةٌ عليه؛ لأنَّ النبيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ: «فَشَأْنَكَ بِهَا»، ولَمْ يفصل بين الفقيرِ والغنيِّ.

= كتاب الزكاة باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ حديث (١٦٥/١٠٧). وأحمد (٣/ ١٨٤، ١٩٣، ٢٥٨) وأبو داود (١/ ٥١٩) كتاب الزكاة: باب الصدقة على بني هاشم حديث (١٦٥١) وأبو داود الطيالسي (١/ ١٧٧ ـ منحة) رقم (٨٣٩) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢/ ٩) كتاب الزكاة: باب الصدقة على بني هاشم وأبو نعيمٍ في «الحلية» (٦/ ٢٥٢) والبيهقي (٦/ ١٩٥) وأبو يعلى (٥/ ٢٤٥ ـ ٢٤٦) رقم (٢٨٦٢) وابن حبان (٣٦٩٣ ـ الإحسان) من حديث أنس بن مالك.

(١) سيأتي في كتاب الحدود.

(٢) أخرجه أبو داود (١/ ٥٣٥ ـ ٥٣٦) كتاب اللقطة: باب التعريف باللقطة حديث (١٧١٤) والبيهقي (٦/ ١٩٤) كتاب اللقطة: باب التعريف باللقطة، من طريق بكير بن الأشج عن عبيد الله بن مقسم حدثه عن رجل عن أبي سعيد الخدري أن علي بن أبي طالب وجد ديناراً فأتى به فاطمة فسألت عنه رسول الله ﷺ فقال: «هو رزق الله عز وجل» فأكل منه رسول الله ﷺ وأكل علي وفاطمة فلما كان بعد ذلك أتته امرأة تنشد الدينار فقال النبي ﷺ: «يا علي أد الدينار».

(٣) ينظر التخريج السابق.

(٤) في د: حفظها للمالك.

وعن أبيِّ بْنِ كَعْبٍ: أنّه وَجَدَ صُرَّةً فِيهَا مَائَةُ دِينَارٍ، فَأَمَرَه النَّبِيُّ ﷺ - أَنْ يَسْتَمْتِعَ بِهَا[1] بَعْدَ التَّعْرِيفِ، وَكَانَ أُبَيٌّ مِنَ المَيَاسِيرِ، ثُمَّ بَعْدَ التَّعْرِيفِ، بماذا يَحْصُلُ له الملكُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: بعد التعريفِ: تصيرُ مِلْكاً له؛ لِمَا رُوِي عَنْ عبد الله بْنِ عَمْرِو بْنِ العَاصِ؛ أَنَّ رَجُلاً قَالَ: يَا رَسُولَ الله، مَا نَجِدُ في السَّبِيلِ العَامِرِ مِنَ اللُّقَطَةِ؟ قال: «عَرِّفْهَا حَوْلاً»[2]، فإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا؛ وَإِلاَّ فَهِيَ لَكَ»[3]. قَالَ: يَا رَسُولَ الله، مَا نَجِدُ فِي الخَرَابِ العَادِيِّ؟ قَالَ: «فِيهِ وَفِي الرِّكَازِ الخُمُسُ»[4].

فقوله: «هي لك»: دليلٌ علىٰ أنّه يَمْلِكُ بمجرَّدِ التعريفِ، ولأنَّهُ كَسَبَ مالاً؛ فلا يشتَرَطُ في تملُّكِهِ ٱختيارُ التملُّك؛ كالصَّيْدِ.

والثاني: وَهُوَ الأَصَحُّ؛ لا يَمْلِكُ إلاَّ بٱختيارِ التملُّكِ؛ لِمَا رَوَيْنَا في حديثِ زَيْدِ بْنِ خالدٍ: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا؛ وإِلاَّ فَشَأْنَكَ بِهَا»؛ فجعل ذلِكَ إلى اختيارِهِ، ولأنه تملك بِبَدَلٍ، فأشبه البَيْع؛ فعلى هذا: [هل][5] يشتَرَطُ أن يَذْكُرَ بلسانه أمْ يَمْلِكُهُ بمجرَّد النيةِ؟ فيه وجهان:

أصحهما: يشتَرطُ أنْ يَتَلَفَّظَ به؛ كالتملُّك بالبيعِ.

وقيل: لا يَمْلِكُ ما لَمْ يتصرَّفْ بعد ٱلاختيارِ؛ تخريجاً من القراضِ، ولَيْسَ بصحيحٍ.

فإنْ جاء مالكُهَا قبل مضيِّ السَّنة، والعَيْنُ قائمةٌ -: يجبُ عليه رَدُّهَا مع الزوائدِ المتَّصِلَةِ والمنفصلةِ.

وإنْ كانَتْ العينُ تالفةً -: لا يجبُ عليه ضمانُهَا؛ لأنَّها أمانة في يده قَبْلَ التملُّك.

وإنْ جاء بعد مضيِّ السَّنَة والتعريفِ.

فَإنْ قلنا: لا يملكُ بالتعريفِ، ولَمْ يَكُنْ قد ٱختارَ التملُّك -: فعليه ردُّها بالزيادةِ المتَّصلةِ والمنفصلةِ؛ كما قبل الحَوْل، وإنْ كان هالكاً -: لا شيء عليه.

وإن قلْنا: يملكُ بالتَّعرِيفِ، أو قلنا: يملكُ بٱختيارِ التملُّك، وقد ٱختاره -: فقد دخل في ضمانِهِ، فإذا جَاءَ المالِكُ -: لا يجبُ عليه رَدُّ عينه، إن كانَتْ قائمةً؛ لأنَّهَا مِلْكُهُ، بل إنْ شَاءَ رَدَّ

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٩٤) كتاب اللقطة: باب إذا أخبره رب اللقطة حديث (٢٤٢٦) ومسلم، كتاب اللقطة حديث (٢٧٢٣).

(٢) في د: سنة.

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٢٠٧، ٢٠٣) وأبو داود (٢/ ١٣٦ - ١٣٧) كتاب اللقطة حديث (١٧١٠) والنسائي في الكبرى (٣/ ٤٢٣). كتاب اللقطة: باب ما وجد من اللقطة في القرية الجامعة حديث (٢٨٢٦) من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده.

(٤) تقدم تخريجه كشاهد لحديث وفي الركاز الخمس.

(٥) سقط في د.

عينها، وإنْ شَاءَ رَدَّ المثلِ إن كان مثليًا أو القيمة إن كان متقوّماً؛ كما لو كانَتْ تالفةً ـ: رَدَّ المثل أو القيمَة، فإن كان الملتقطُ مُفْلِساً ـ: كان صاحبها أحَقَّ بها من سَائِرِ الغرماءِ، وإنْ كانت العَيْنُ قائمةً، فردَّها ـ: يَرُدُّها بالزَّوَائدِ المتصلةِ، ولا يجبُ رَدُّ الزيادات المنفصلةِ الَّتِي حَصَلَتْ بعد التملُّك، وإنْ كانَتْ قد تعيَّنت في يَدِهِ بَعْدَ التملُّك، فعليه قيمتُهُ صحيحاً؛ إن كان متقوّماً، أو مِثْلُهُ صحيحاً؛ إن كان مثليًا.

وإنْ رَضِيَ المالكُ بعَيْنِ مالِهِ ـ: لم يَكُنْ له أنْ يطالبه بأَرْشِ النقصانِ، وإن جاء بعد أختيار التملُّك[1]، وقلْنا بالوَجْهِ البعيدِ: إنَّه لا يملك بالاخْتِيَارِ، ما لَمْ يتصرَّف ـ: صارَ مضموناً عليه بالاختيارِ؛ كالعرضِ.

ولو وجد رَجُلَانِ لقطةً: يعرِّفانها ويملكانها؛ فلو رَآهَا أحدُهُما، وقال: ثَمَّ لُقَطَةٌ، وأخَذَها الآخَرُ ـ: فالآخِذُ أَوْلَىٰ بها.

ولو ضاعَتْ مِنْ يد الآخَرِ، فوجدَهَا الآخَرُ ـ: فالأَوَّلُ أَوْلَىٰ بها.

ولو وَجَدَ لقطةً في حَرَمِ مَكَّةَ ـ: لا يجوز أخْذُهَا إلاَّ للحفظِ على المالِكِ، فأمَّا أن يُعَرِّفَ ليتملَّك ـ: فلا؛ عَلَىٰ أظهر قولَي الشَّافِعِيِّ ـ رضي الله عنه ـ وجماعةٍ مِنْ أهل العلم؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ ٱبْنِ عَبَّاسٍ؛ أنَّ رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ قَالَ يَوْمَ فَتْحِ مَكَّةَ: «إنَّ هَذَا الْبَلَدَ حَرَّمَهُ اللَّهُ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضَ، لا يُعْضَدُ شَوْكُهُ وَلاَ يُنفَّرُ صَيْدُهُ، وَلاَ يُلْتَقَطُ لُقَطَتَهُ إلاَّ مَنْ عَرَّفَهَا»[2].

---

(١) ثبت في هامش ظ: عليه رد عينه حتى لو باعه بشرط الخيار فجاء المالك في زمان الخيار هل يفسخه وجهان، وإن كان قد تعيب بعد التملك أخذها وأرسن النقصان لا عدول له إلى البدل مع إمكان أخذ العين.

(٢) أخرجه البخاري (٨/ ٢٦) كتاب المغازي: باب (٥٣) حديث (٤٣١٣) ومسلم (٢/ ٩٨٦) كتاب الحج: باب تحريم مكة وصيدها حديث (٤٤٥/ ١٣٥٣) وأبو داود (١/ ٦١٦) كتاب المناسك: باب تحريم حرم مكة حديث (٢٠١٨) والنسائي (٥/ ٢٠٣، ٢٠٤) وأحمد (١/ ٢٥٩، ٣١٥ ـ ٣١٦) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٥٠٩) والطحاوي في «مشكل الآثار» (٤/ ٢٠٩) والبيهقي (٦/ ١٩٩) كتاب اللقطة: باب لا تحل لقطة مكة إلا لمنشد كلهم من طريق طاوس عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال يوم فتح مكة: «إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السماوات والأرض فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة» من طريق قتادة عن مطرف بن عبد الله عن أبيه به. وقد رجح الألباني هذه الرواية فقال في «الصحيحة» (٢/ ١٨٦): ولعل هذه الرواية عن مطرف عن أبيه أرجح من رواية مطرف عن أبي مسلم الجذمي عن الجارود لاتفاق ثِقَتين عليها وهما الحسن وقتادة بخلاف تلك فقد تفرد بها أبو العلاء كما رأيت فإن كان كذلك فالإسناد صحيح. اهـ.

وللحديث شاهد من حديث عصمة.

أخرجه الطبراني في «الكبير» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٧٠) عنه قال: قال رسول الله ﷺ ضالة المسلم حرق النار ثلاث مرات.

وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الكبير وفيه أحمد بن راشد وهو ضعيف.

وفي رواية أبي هُرَيْرَةَ: «وَلاَ يلْتَقِطُ سَاقِطَتَهَا[1] إلاَّ مُنْشِدٌ»[2]، أي: إلاَّ مَنْ يداوِمُ عَلَىٰ تعريفها، وهذه فضيلةٌ خُصَّ بها الحَرَمُ؛ كما خُصَّ بتحريم الصَّيْدِ فيه - وَقَطْعِ الشَّجَرِ؛ وهذا لأنَّ مكَّةَ يَنْتَابُهَا النَّاسُ من الآفاقِ، وربَّما يكونُ ذلك الآفاقِيّ يعُودُ أو يَبْعَثُ في طلبه.

وفيه قولٌ آخَرُ: أنَّها تُملَكُ بعد التعريفِ سَنَةً، كَلُقَطَةِ سائِرِ البِقَاعِ.

والمرادُ مِنَ الحديث: أنَّها لا تَحِلُّ قبل مضيِّ السَّنة؛ حتى لا يَظُنَّ ظَانٌّ أنَّه إذا نَادَىٰ عليها وَقْتَ الموسِمِ، فلم[3] يَظْهَرْ مالكُهَا -: جاز له تملُّكُها.

ولَوْ وجد لقطةً فِي دَارِ الحَرْبِ - نُظِر: إن كان فيها مُسْلِمُونَ -: يُعَرِّفها[4]؛ كما لو وَجَدَ في دارِ الإسلامِ، وإن لم يَكُنْ فيها مُسْلِمٌ، فَتكُونُ غنيمةً، فالخُمُسُ لأهلِ الخُمُسِ، والبَاقِي له بلا تَعْرِيفٍ؛ كما لو أخذ مَالَ حَرْبِيٍّ.

فَصْلٌ

رُوِيَ عَنْ أُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ قَالَ: «وَجدتُ صُرَّةً فِيهَا مِائَةُ دِينَارٍ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ - ﷺ - فَقَالَ: «عَرِّفْهَا حَوْلاً؛ فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، فَعَرَفَ عَدَدَهَا وَوِكَاءَهَا فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ»[5].

---

(١) في د: ساقطة.

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ٨٧) كتاب اللقطة: باب إذا وجد تمرة في الطريق حديث (٢٤٣٤) ومسلم (٢/ ٩٨٨) كتاب الحج باب تحريم مكة وصيدها حديث (٤٤٧/ ١٣٥٥) وأبو داود (٢/ ٥١٨) كتاب المناسك: باب تحريم حرم مكة حديث (٢٠١٧) والدارمي (٢/ ٢٦٥) كتاب البيوع: باب في اللقطة، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٤٠) كتاب اللقطة والضوال، وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٥٠٨) وأحمد (٢/ ٢٣٨) والدارقطني (٣/ ٩٦ - ٩٧) كتاب الحدود والديات رقم (٥٨) والبيهقي (٦/ ١٩٩) كتاب اللقطة: باب لا تحل لقطة مكة إلا لمنشد كلهم من طريق يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال لما فتح الله عز وجل على رسوله ﷺ مكة قام في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وإنها لم تحل لأحد قبلي وإنها أحلت لي ساعة من نهار وإنها لن تحل لأحد بعدي فلا ينفر صيدها ولا يختلي شوكها ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد».

(٣) في د: ولم.

(٤) في د: فعرفها.

(٥) أخرجه البخاري (٥/ ٩١) كتاب اللقطة: باب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها حديث (٢٤٣٧) ومسلم (٣/ ١٣٥٠) كتاب اللقطة حديث (٩/ ١٧٢٣) وأبو داود (٢/ ٣٢٨) كتاب اللقطة -: باب التعريف باللقطة حديث (١٧٠١) والترمذي (٣/ ٦٥٨) كتاب الأحكام: باب في اللقطة وضالة الإبل حديث (١٣٧٤) وابن ماجه (٢/ ٨٣٧) كتاب اللقطة: باب اللقطة حديث (٢٥٠٦) وأحمد (٥/ ١٢٦ - ١٢٧) والطيالسي (١/ ٢٧٩ - منحة) رقم (١٤١٢) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٦٦٨) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٣٧) كتاب اللقطة والضوال: باب اللقطة والبيهقي (٦/ ١٨٦) كتاب اللقطة: باب اللقطة يأكلها الغني والفقير عن سويد بن غفلة قال: خرجت أنا وزيد بن صوحان وسلمان بن ربيعة غازين فوجدت سوطاً =

إذا جاءَ رَجُلٌ يدعي اللقطة أنها له: فإن لَمْ يَصِفْهَا ـ: لا تُسَلَّم إليه، فإنْ وَصَفها: فإن لم يَقَعْ في قلبه صِدْقُهُ ـ: لا يجوزُ الدَّفعُ إليه إلاَّ بِبَيِّنَةٍ يقيمُها، وإنْ وَقعَ في قلبه صدْقُهُ ـ: يجوزُ أَنْ يَدْفَعَ إليه، ولكنْ لا يَجِبُ إلا بِبَيِّنَةٍ؛ لأَنَّهُ لا يَأْمَنُ أن يَدَّعِيهَا غَيْرُهُ وَيُقيم البيِّنَةَ، فيلزمُهُ الضمانُ.

وعند أَحْمَدَ وبَعْضِ أَهْلِ الحديثِ ـ رَحْمَةُ الله عليهم ـ: يَجِبُ أَنْ يدفع إليه بالوصْفِ.

فلو ٱدَّعى المُدَّعي عَلَى المُلْتَقِطِ أَنَّكَ تَعْلَمُ أَنَّها مِلْكِي أَوِ ٱدَّعَىٰ مطلقاً: أَنَّها مِلْكِي مَعَ إقرارِهِ باللقطةِ ـ: يحلفُ على أَنَّهُ لا يعلَمُ ذلك.

ولو قال: يلزمُكَ تسليمُهَا إلَيَّ يَحْلِفُ على البَتِّ: أنه لا يلزمُهُ تسليمُهَا إلَيْهِ؛ سواءٌ وَقَعَ في قلبه صدْقُهُ أو لم يَقَعْ؛ لأنَّه قَدْ يَسْمَعُ الصِّفَةَ مِن غيره، فيدعيه على تلْكَ الصفَةِ، فلَوْ وَصَفَهَا المُدَّعي، وَدَفَعَهَا الملتقطُ إليه بلا بيِّنة، ثُمَّ جاء غَيْرُهُ، وأَقَامَ بيِّنَةً على أنها له: دُفِعَتْ إليه، إن كانَتْ قائمةً، وإن كانَتْ مالكةً ـ: فالمدَّعي بالخيارِ، إنْ شاء ضَمِنَ الملتقطُ قيمَتَهُ، وإنْ شاء ضَمِنَ الآخِذُ، فإن ضَمِنَ الآخِذُ ـ: لا رجوعَ لَهُ على الملتقِطِ؛ لأن الآخِذ يَزْعُمُ أَنَّهُ مظلومٌ بأَخْذِ الغُرْمِ مِنه؛ فلا يرجع بالظُّلْمِ علَىٰ غَيْرِ مَنْ ظلمه، وإنْ ضَمِنَ الملتقطُ ـ: فهلْ لَهُ الرُّجُوعُ على الآخِذِ؟ ـ نُظِرَ.

إنْ أَقَرَّ للآخِذِ بالمِلْكِ حِينَ دفع إليه؛ بأن قال: هِيَ لَكَ ـ: فَلاَ يَرْجِعُ عليه؛ لأنه أَقَرَّ أنه أَخَذَ مَالَ نَفْسِهِ، وأَنَّ الذي أقام البيِّنَة ظَلَمَهُ بِأَخْذِ القيمةِ منه، وإنْ لم يُقِرَّ له، بَلْ قال: وَقَعَ في قَلْبِي، أَوْ غَلَبَ على ظَنِّي أَنَّها لك، أو دَفَعَ إليه، ولم يَقُلْ شيئاً ـ: فله الرُّجُوعُ عَلَى الآخِذِ.

فَصْلٌ فِي حُكْمِ الضَّالَّةِ

رُوِيَ عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الجُهَنِيِّ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ـ قَالَ فِي ضَالَّةِ الْغَنَمِ: «هِيَ لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ»، وَقَالَ فِي ضَالَّةِ الإِبِلِ: «مَا لَكَ وَلَهَا؛ مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا، تَرِدُ المَاءَ وَتَأْكُلُ

= فأخذته فقالا لي دعه فقلت: لا ولكن أعرفه فإن جاء صاحبه وإلا استمتعت به فلما رجعنا حججت فأتيت المدينة فلقيت أبي بن كعب فأخبرته بشأن السوط فقال: إني وجدت صرة فيها مائة دينار على عهد رسول الله ﷺ فأتيت بها رسول الله ﷺ فقال: «عرفها حولاً» فعرفتها فلم أجد من يعرفها ثم أتيته فقال: «عرفها حولاً» فلم أجد من يعرفها ثم أتيته فقال: «عرفها حولاً» فعرفتها فلم أجد من يعرفها فقال: «احفظ عددها ووعاءها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها» فاستمتعت بها فلقيته بعد ذلك فقال: لا أدري بثلاثة أحوال أو حول واحد.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وإنه لا يحل القتال فيه لأحد قبلي ولم يحل لي إلا ساعة من نهار فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة لا يعضد شوكة ولا ينفر صيده ولا يلتقط لقطته إلا من عرفها ولا يختلي خلاها فقال العباس: يا رسول الله إلا الإذخر فإنه لبيوتهم قال: إلا الإذخر.

الشَّجَرَ حَتَّىٰ يَلْقَاهَا رَبُّهَا»[١].

إذا وَجَدَ ضَالَّةً، وهي[٢]: الحَيَوَانُ ـ لاَ يَخْلُو: إمَّا إن كان الحيوانُ حيواناً يمتنعُ مِنْ صِغار السِّبَاعِ أو لا يمتنعُ: فإن كان حيوانٌ يمتنعُ من صغار السِّبَاع: إما بقوَّته كالإبل والبَقَرِ والخَيْلِ والبِغَال والحمير أو بسرعة عَدْوِهِ كالظَّبْيِ والأَرْنَب، أو بطَيرانِهِ؛ كالحَمَام والدُّرَّاج ونحوها ـ نُظِرَ: إن وَجَدَهَا في مفازَةٍ أو بَرِّيَّةٍ ـ لا يجوزُ لأحدٍ أخذُهَا للتملُّكِ؛ لما رَوَيْنَا عَنِ النبيِّ ـ ﷺ ـ قَالَ [فِي ضَالَّةِ الإبلِ][٣] مَا لَكَ وَلَهَا[٤]؛ مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا، تَرِدُ المَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ، حَتَّىٰ يَلْقَاهَا رَبُّهَا»؛ وَرُوِيَ أَنَّ النبيَّ ـ ﷺ ـ قَالَ: «ضَالَّةُ الْمُسْلِمِ حَرَقُ النَّارِ»[٥] وهَلْ يَجُوزُ أَخْذُهَا للحفْظِ، حتَّىٰ يظهر مالكُهَا؟ ـ نُظِرَ؛ إن كان الواجدُ هو السُّلْطَانَ ـ يَجُوزُ لأنَّ له ولايَةَ حِفْظِ أموالِ الناسِ، وهو مَحَلُّ طلب الضَّوَالِّ؛ روي أنَّ عُمَرَ ـ رَضِيَ الله عَنْه ـ كَانَ لَهُ حَظِيرَةٌ يَحْفَظُ فِيهَا الضَّوَالَّ.

ثُمَّ إنْ كان له حِمًى ـ: تَرَكَهَا في الحِمَىٰ[٦]، ويُشْهِدُ عليها، ويَسِمُهَا بِسِمَةِ الضَّوَالِّ، وإنْ

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في د: من.

(٣) سقط في د.

(٤) في د: وللإبل.

(٥) أخرجه أحمد (٥/ ٨٠) وأبو داود الطيالسي (١/ ٢٧٩ ـ منحة) رقم (١٤١٠) والدارمي (٢/ ٢٦٦) كتاب البيوع: باب في اللقطة والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٣٣) كتاب اللقطة والضوال، وأبو يعلى (٢/ ٢٢٠) رقم (٩١٩) وابن حبان (١١٧٠ ـ موارد) والطبراني في «المعجم الصغير» (٢/ ٢٨) وفي «الكبير» (٢/ ٢٦٥) رقم (٢١١٥، ٢١١٦) والبيهقي (٦/ ١٩٠) كتاب اللقطة: باب ما يجوز له أخذه وما لا يجوز، كلهم من طريق أبي العلاء يزيد بن عبد الله بن الشخير عن أبي مسلم الجذمي عن الجارود أن رسول الله ﷺ قال: «ضالة المسلم حرق النار».

صححه ابن حبان، وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٧٠) وقال: رواه أحمد والطبراني في «الكبير» بأسانيد رجال بعضها رجال الصحيح. اهـ.

وقد اختلف في إسناد هذا الحديث.

فأخرجه أحمد (٤/ ٢٥) وابن ماجه (٢/ ٨٣٦) كتاب اللقطة: باب ضالة الإبل والبقر حديث (٢٥٠٢) وابن حبان (١١٧١ ـ موارد) وابن سعد في «الطبقات الكبرى» (٧/ ٢٢) والبيهقي (٦/ ١٩١) كتاب اللقطة: باب ما يجوز له أخذه وما لا يجوز، كلهم من طريق حميد الطويل عن الحسن عن مطرف بن عبد الله بن الشخير عن أبيه قال: قدم على النبي ﷺ رهط من بني عامر فقالوا يا رسول الله إنا نجد في الطريق هَوامِيَ من الإبل فقال النبي ﷺ: «ضالة المسلم حرق النار».

وذكره الحافظ البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٨٥) وقال: هذا إسناد صحيح رجاله ثقات.

وقد توبع الحسن تابعه قتادة.

أخرجه أبو نعيم في «الحلية» (٩/ ٣٣).

(٦) في ظـ: إن كان مما يتركها في الحمى.

نُتِجَتْ ـ: يَسِمُ نِتَاجَهَا، حتَّىٰ لا يختلط بغيرها، وإن لم يكُنْ له حِمًى؛ فإنْ كَانَ يطمَعُ في مجيء صاحِبِها؛ بأن عَرَفَ أنّها مِنْ نَعَمِ بني فلان ـ: حفظها اليومَيْنِ[1] والثلاثَةَ، وإنْ لم يَعْرِفْ، أو عَرَفَ ولم يأْتِ صاحبها ـ: باعها وحفظ ثمنها؛ لأنَّ في إمسَاكِهَا والإنْفَاقِ عليها إضراراً بصاحبها.

وإنْ كان الوَاجِدُ من الرعيَّةِ ـ: لا يجوزُ له أَخْذُهَا للتملُّك، وهلْ يجوزُ له أَخْذُهَا للحفْظِ على المالِكِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يَجُوزُ، وإذا أَخَذَ ـ: لا يكُونُ ضامناً؛ كالإمام.

والثاني: ـ وهو الأصح ـ: لا يجوزُ؛ لأن النَّظَرَ في مالِ الغَيْرِ لَيْسَ إليه.

فعلَىٰ هذا: إن أخذها للحفْظِ على المالك، أو أخذها للتملُّك ـ: كان ضامناً؛ كالغاصب، ولا يَبْرأُ عن الضمانِ إلاّ بردِّها إلى مَكَانها كَمَنْ أَخَذَ لقطةً، ثم رَمَىٰ بها ـ: ضمنها، وهَلْ يَبْرأُ عن الضمانِ بالدَّفْعِ إلى السلطان؟ فيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: لا؛ لأنَّ مالكها قد يكُونُ رشيداً لا ولايَةَ عليه للسُّلْطَانِ.

والثاني: ـ وهو الأصح ـ: يَبْرَأُ؛ لأنَّ للسُّلْطانِ ولايةً على الغائِبِ في حِفْظِ ما يخافُ عليه مِنْ ماله؛ كما يَجُوزُ له أَخْذُهَا ابتداءً للحفظِ عَلَى المَالِكِ.

أما إذا وَجَدَ منها شيئاً في العمرانِ مِنْ بَلَدٍ أو[2] قريةً أو قريبٍ منها؛ كالحوائط بقُرْبِ البلدِ ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: حُكْمُهُ حُكْمُ ما لو وَجَدَهَا في المفازَةِ: لا يجوزُ أخذُهَا للتملُّك؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ ـ يُفَصِلْ بين الصحراءِ والعُمْرَانِ.

والثَّانِي: ـ وهو الأصح ـ: أنها لُقَطَةٌ ـ كالحيوان[3] الذي لا يَمْتَنِعُ من صغار السباعَ؛ فله أن يأْخُذَهَا للتعريفِ والتملُّك[4]؛ لأن العادة لم تَجْرِ بإرسال هذه الدوابِّ في العمرانِ مِنْ غَيْرِ حَافِظٍ، فالظَّاهِرُ: أنَّ صاحبها أَضَلَّها، وجَرَتِ العادَةُ [بإِرْسَالِ هذه الدوابِّ][5] في الصحراءِ بلا حافظٍ؛ فكانَتِ[6] الصحراءُ مخالفاً فيها للعمرانِ.

وكذلك: إذا كان أيّام نهبٍ وَغَارَةٍ ـ: جاز أخذُهَا، وإن كان في الصحراءِ.

---

(١) في د: حفظها ليومين.
(٢) في د: و.
(٣) في د: والحيوان.
(٤) في د: والتمليك.
(٥) في د: بإرسالها.
(٦) في د: فيما كان.

أمَّا إذا كان حيواناً لا يَمْتَنِعُ مِنْ صغارِ السِّبَاعِ؛ كالشاةِ والْعِجْلِ والْفَصِيلِ وَالْكَسِيرِ ـ: فيجوزُ له أخْذُهَا؛ سواءٌ وجدها في المفازَةِ أو في العمرانِ؛ لقوله ـ ﷺ ـ: «هِيَ لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أَوْ للذِّئْبِ يريد: أنها طعمةٌ لكلِّ أَحَدٍ، فإنْ أخذْتَهَا أَنْتَ؛ وإلاَّ أخذها غيْرُكَ، أو أكلها الذئبُ، ثم إنْ وَجَدَهَا في المفازةِ ـ: فهو بالخيارِ بَيْنَ أن يمسكها ويُعَرِّفها حَوْلاً؛ ثم يملكها، وبَيْنَ أنْ يبيعها ويَحْفَظَ ثمنها، ويُعَرِّفَهَا حولاً، وإنَّما يُعَرِّفُ الحيوانَ لا الثَّمَنَ، ثم بَعْدَ الْحَولِ: يتملَّكُ الثمنَ، وبين أن يذبحها إنْ كان مأكولاً.

ويغرم قيمتها، ولو باع جزءاً منها، فأنفق[1] على نقلها إلى البَلَدِ للتعريف ـ: جازَ، وإن وجدَهَا في العُمْران في قريةٍ أو قريب منها ـ: فيتخيَّر بَيْنَ أن يعرِّفها سنَةً، ثم يتملَّكها، أو بَيْنَ أن يَبِيعَهَا ثم يعرِّفها، وهَلْ يَجُوزُ له الأكْلُ؟ فيه قولان:

أحدهما: لَهُ ذلك، ويُغَرَّمُ قيمتها؛ كما لو وجد في الصَّحراءِ.

والثاني: لَيْسَ له ذلك؛ لأنَّ البَيْعَ مُمْكِنٌ في العمرانِ، وفي الصحراءِ: رُبَّما لا يَجِدُ مَنْ يشترِيهِ، وفي حمله إلى البلدِ مَشَقَّةٌ عليه؛ فجوَّزنا له الأكْل.

وفي الجملةِ: الإمساكُ والتَّعْرِيفُ أَوْلَىٰ من البيعِ؛ لأنَّه يجري فيه علَىٰ سُنَّة اللُّقَطَة، والبَيْعُ أولَىٰ من الأكْلِ؛ لأنَّه إذا أكل يستبيحها قبل الحَوْلِ، وإذا بَاعَ لا يَمْلِكُ الثمن إلا بعد الحَوْلِ؛ فكان البيع أشْبَهَ بأحْكَامِ اللُّقَطَةِ.

وإذا أَمْسَكَهَا على مالِكِهَا، تبرَّع بالإنْفَاقِ عليها ـ: لا يَرْجِعُ بما أَنْفَقَ على مالِكِها، وإن أراد الرجُوعَ ـ: فلا يمكنه أنْ يُنْفِقَ إلاَّ بإذْنِ الحاكِمِ؛ فحينئذٍ: يَرْجِعُ، فإذا باعها ـ: فله أن يبيعها بنَفْسِهِ، وإن لم يكُنْ هناك حاكمٌ، وإنْ كان هُنَاكَ حاكمٌ ـ: هلْ يحتاجُ إلىٰ إذْنِهِ في البيع؟ فيه وجهان:

أحدهما: يَحْتَاجُ إلَىٰ إذْنِهِ؛ لأنَّ الولاية لَهُ على المسلمين.

والثاني: لاَ يَحْتَاجُ إلَىٰ إذنه؛ لأنَّ الملتقط قَامَ مَقَامَ المالِكِ في الأَخْذِ والحِفْظِ؛ كذلك: يَقُومُ مقامه في البيع:

فحيثُ جوَّزنا له الأكْلَ، فأكَلَ ـ: فهَلْ يلزمُهُ التعريفُ بعده؟ فيه وجهان:

أصحُّهُمَا: يجبُ التعريفُ؛ كما لو باعه.

والثاني: لا يَجبُ، لأنَّ كُلَّ حالة أُبِيحَ له أكْلُ اللقطةِ: لا يلزمُهُ التعريفُ؛ كما بعد الحَوْل.

---

(١) في د: وأنفق.

وهلْ يجبُ إفراز قيمةِ مَا أَكَلَ مِنْ ماله؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجبُ؛ كما لو باعه: لا يخلط ثمنه بمالِهِ.

والثاني: لا يجبُ؛ لأنه إذا أفرَزَهُ ـ: كَانَ أمانَةً في يده، وما في ذمَّته: يكونُ قرضاً عليه: لا يَخْشَىٰ عليه الهلاكَ.

وإنْ قلنا: يجبُ إفرازُهُ، ففعل ـ: يكونُ أمانةً في يدِهِ لمالكِ اللقطةِ؛ فإن تلف في يده ـ لا شيء عليه لمالِكِ اللقطةِ، كنفس اللقطةِ؛ إن[١] هَلَكَتْ، وإن بَقِيَ المُفرزُ حتَّىٰ مضَتِ السَّنَة: يتملَّك؛ فيكونُ قرضاً عليه.

ولو أفلس المُلْتَقِطُ، ثم جاء صاحبُها ـ: كان له تلْكَ القيمةُ المُفْرَزَةُ، له مِنْ بَيْنِ سائر الغرماءِ؛ فَإِنْ قلنا: لا يجبُ إفراز ثمنه، فأفرز قيمتَهُ ـ: فحقُّهُ لا يتعيَّنُ فيها.

وإذا أفلَسَ ـ: كان صاحبها[٢] أسوةَ الغرماء ولو وَجَد عبداً صغيراً، لا تَمْيِيزَ له ـ: فهو كالثَّوْبِ؛ له أن يأْخُذَهُ ويعرِّفه حَوْلاً، ثم يملكه؛ وكذلك: إنْ كانَتْ جارِيَةٌ صغيرةٌ أو كبيرةٌ مِمَّنْ لا يحلُّ له وطؤها؛ فإن كانَتْ مِمَّنْ يَحِلُّ له وطؤها ـ: ففي جوازِ ٱلتقاطِهَا قولانِ، بناءً على ٱلاسْتقراضِ.

وإن وجد كلباً مِمَّا يجوزُ ٱقتناؤه ـ: لم يَجُزْ له ٱلانتفاعُ به، حتَّىٰ يعرِّفَهُ سَنَةً، فإنْ عرَّفَهُ [سنةً][٣]، ولم يجيء[٤] صاحبُهُ ـ: جاز أن ينتفعَ بِهِ، ثم إذَا حَضَرَ صاحبُهُ بَعْدَ ٱلانتفاع به ـ: هَلْ عليه أَجْرُ المثلِ؟ فيه وجهان؛ بنـاءً على جواز إجارةِ الكَلْبِ.

وَلَو هَلَكَ في يده ـ: لا ضمانَ عليه.

ولو وَجَدَ طعاماً رَطْباً ـ نُظر: إن أمكَنَ تجفيفُهُ؛ بأن[٥] يتبرَّع الواجِدُ بالإنفاقِ علَىٰ تجفيفه، وإلا بِيـعَ بَعْضُهُ وأُنفِقَ علَىٰ تجفيف الباقي، وهَلْ يحتاجُ في البيع إلَىٰ إذْنِ الحاكم؟ فيه وجهان:

وإنْ كَانَ الأنفَعُ لصاحِبِهِ: أن يُبَاعَ رطباً ـ: بِيعَ.

وإنْ كان لا يُمْكِنُ تجفيفُه؛ كالعِنَبِ الذي لا يَتَزَبَّبُ والرُّطَب الذي لا يتتمر وَٱلْبطِّيخِ والقِثَّاءِ، أو طعاماً لا يَبْقَىٰ كالشِّواءِ وَالمَرَقَةِ ونَحْوِهَا ـ: فهو بالخيَارِ: إن شاء بَاعَهُ، وأخَذَ ثمنَهُ ثم عَرَّفَهُ، وإن شاء أكَلَهُ وغَرَّمَ قيمته، كما ذكرنا في الشَّاةِ».

---

(١) في د: إذاً.

(٢) في د: لصاحبها.

(٣) سقط في د.

(٤) في د: يجد.

(٥) في د: فإن.

وفيه قولٌ آخرُ: أنَّ الأَكْلَ لا يَجُوزُ، إذا أمكَنَ البَيْعُ، ثم بعد البيع: هل يَجبُ[١] التعريفُ؟ فيه وجهانِ، والله أعلم.

فَصْلٌ

المُسْلِمُ العَدْلُ الحُرُّ البَالِغُ العَاقِلُ ـ: لَهُ أن يَلْتَقِطَ، ويستبدَّ بتعريفها وتَمَلُّكه.

فأمَّا مَنْ لم يكُنْ بهذه الصفةِ ـ: فيبني التقاطهم علىٰ أصْلٍ، وهو: أنَّ ٱبتداءَ اللقطةِ أمانَةٌ، وفيها ولايةٌ مِنْ حيثُ إنَّ المُلْتَقِطَ حَفِظَهَا؛ كالوليِّ ـ: يحفَظُ مالَ الصبيِّ، وٱنتهاؤُهَا ٱكتسابٌ؛ فإِنَّ الملتقط يَمْلِكُها بعد التعريفِ، وأيهما يُغَلَّبُ؟ جهةُ الأمانةِ أَمْ جهةُ الاكتساب؟ فيه جوابان؛ فيخرَّج عليه ٱلتقاطُ الصبيِّ والمحجورِ والعَبْدِ والفاسِقِ، فإنْ غلَّبنا فيه جهةَ الأمانةِ ـ: فليس أحَدٌ [من][٢] هؤلاءِ مِنْ أهْلِهِ، فإن ٱلتقط الصبيُّ أو المحجُورُ أو العَبْدُ أو الفاسِقُ شيئاً، فهلَكَ في يَدِهِ ـ: يجب عليه الضمانُ، ويتعلَّقُ برقبة العبدِ؛ كالغَصْبِ، وإنْ عَلِمَ به وليُّ الصبيِّ أو المحجورِ عليه، فتركه في يده ـ: كان طريقاً في الضمانِ، وإذا أخذه: يَدْفَعُهُ إلى الإمَامِ؛ ليحفظه لمالكه؛ وكذلِكَ: لو أَخَذَ مِنَ الفاسِقِ، ويحفظُهُ الإمَامُ للمالِكِ، هذه طريقةٌ ذَكَرَهَا الشيخُ القَفَّال، رحمه الله.

أمَّا الذي عليه عامَّةُ الأصحابِ ـ وهو المذهب ـ: أن اللقطة [اكتِسَابٌ][٣] والصبيُّ والمَحْجُور والفاسِقُ كالعَدْلِ في جوازِ أَخْذِهَا، وفي العبد قولان؛ لأنَّهُ لَيْسَ مِنْ أهْلِ المِلْكِ، وتفصيلُ المَذْهَبِ علىٰ هذا. نقوله في هذا الفصل[٤].

فَصْلٌ فِيمَنْ يَجُوزُ ٱلْتِقَاطُهُ

إذا وَجَدَ الصبيُّ أو المجنونُ أو المَحْجُورُ عليه بالسَّفَهِ لُقَطَةً، فأخذها ـ: صح ٱلتقاطُهُ؛ لأنَّه كَسْبٌ، فيستوي فيه الصَّغيرُ والكبيرُ والمحجورُ؛ كالاحتطابِ وٱلاصطيادِ، ولا يجوزُ لوليِّه أن يتركَهُ في يده؛ كما لو ٱحتطب أوِ ٱصطاد: لا يتركُهُ الوليُّ في يده][٥]. فلو تَلِفَتْ في يَدِ الصبيِّ ـ: لا ضمانَ عليه؛ لأنَّها أمانةٌ في زمانِ التعريفِ، ولو أتلفها ـ: يَلْزَمُهُ الضمانُ، ولو علمَ به[٦] الوليُّ، فتركها في يده، حتَّىٰ تلفَتْ.

قال الشيخُ ـ رحمه الله ـ: إذا[٧] أَتْلَفَهَا ـ: ضَمِنَ الوليُّ للصبيِّ؛ لأنه ثَبَتَ حَقُّ الملك؛ كما لو ٱحتطب الصبيُّ، فترك الوليُّ في يده، حتى هلك ـ ضَمِنَ له الوليُّ.

---

(١) في أ: يجوز.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) في ظـ وقع تقديم وتأخير.
(٥) وقع في ظـ تقديم وتأخير.
(٦) في د: بها.
(٧) في أ: لو.

قال ـ رحمه الله ـ: ثم يُعَرِّفُ التالفَ، وبَعْدَ التعريفِ: يملكُ الصبيُّ، إن كان نظر فيه.

ولو أخذ[1] الوليُّ اللقطَةَ مِنْ يده ـ: يعرِّفها سنةً، ثم إن كان الصبيُّ ممَّنْ يجوزُ للوليِّ أن يَسْتَقرِضَ له ـ: يتملَّك اللقطةَ له، وإنْ كان مِمَّنْ لا يجوزُ أن يستقرض له ـ: لا يتملَّك؛ لأنَّ التملُّك بالالتقاطِ كالاستقراضِ، ولا يجوزُ أن يُعْطِيَ مؤنَةَ التعريفِ مِنْ مالِ الصبيِّ، بل يأتي الحاكِمَ حَتَّىٰ يبيعَ جُزْءاً من اللقطةِ في أُجْرة التعريفِ، ثم إنْ حَضَرَ المالكُ ـ: كان ذلكَ ـ مِنْ ماله، وإن لَمْ يَحْضُرْ، وتملَّكَ الصبيُّ ـ: كان كما لَوْ أَدَّىٰ مِنْ مالِ الصبيِّ.

ولو تَلِفَتِ اللقطَةُ في يَدِ الوليِّ قَبْلَ التملُّك ـ: فلا ضمان على الآخِذِ؛ لأنَّها أمانَةٌ قَبْلَ التملُّك، وإنْ تَلِفَتْ بعده ـ: فضمانُهَا على الصبيِّ؛ لأنَّها ملكه.

والسَّفِيهُ كالصَّبِيِّ في ٱلالتقاطِ إلاَّ أن الصبيَّ لا يصحُّ تعريفُهُ، ويصحُّ تعريفُ السَّفِيهِ.

فأمَّا العَبْدُ: فهل له ٱلالتقاط؟ فيه قولان:

أحدُهُما: لَهُ ذلك؛ لأنه ٱكتساب؛ كالاحتطاب والاصطياد.

والثاني: ليس له ذَلِكَ؛ لأن المقصودَ مِنْهُ التملُّكَ؛ والعَبْدُ لا يملكُ.

فإن قلنا: لا يَجُوزُ له ٱلالتقاطُ: فإن ٱلتقَطَ ـ: فهو مضمونٌ عليه، فإن هَلَكَ في يده أو أهلَكَهُ بَعْدَ التعريفِ أو قَبْلَهُ ـ: تعلق الضَّمَانُ برقبته؛ كما لو غَصَبَ شيئاً، فَهَلَكَ في يده، وإنْ عَرَّفها ـ: لا يصحُّ تعريفُهُ؛ لأنها لَيْسَتْ في يده بحُكْمِ[2] اللقطةِ، وإنْ عَلِمَ به السَّيِّدُ ـ نظر: إن أخذها مِنَ العَبْـدِ ـ؛ صار كما لو ٱلتقطه بنَفْسِهِ، ويبتدىء التعريفَ، ويسقط الضمانُ عن العَبْدِ، لأنه دَفَعَها إلى مَنْ يَجُوزُ الدفْعُ إلَيْهِ؛ كما لو دَفَعَ الحُرُّ إلى الحاكمِ.

فإنْ هَلَكَ في يَدِ السَّيِّد قَبْلَ التعريف والتملُّك ـ: لا ضمان عليه، فإن عرفها وتملَّكها ـ: كانَتِ القيمةُ في ذمَّته، وإن أقرَّها في يدِ العبدِ ليعرِّفها: فإن كان أميناً ـ: يَجُوزُ كما لو ٱستعان به في تعريف ما ٱلتقط السيِّد بِنَفْسِهِ وإن لم يكن أميناً ـ: كان متعدِّياً بتقريرها في يده وضَمِّها في جميع مالِهِ أمَّا إذا أهملها في يد العبدِ بَعْدَ ما عَلِمَ؛ لم يَأْخُذْهَا، ولم يقرَّهَا ـ: فالضمانُ بماذا يتعلَّقُ؟ فيه قولان:

نَقَلَ المزنيُّ ـ رحمه الله ـ أنَّه يتعلَّق برقبةِ العبدِ؛ لأنه المتعدِّي بالأخْذِ، فعلى هذا: لو هَلَكَ العَبْدُ ـ: سَقَطَ الضمان.

وقال في روايةِ الرَّبِيعِ: يتعلَّقُ برقبةِ العَبْدِ، وبجميعِ مالِ السَّيِّد؛ لأنَّ العَبْدَ متعدٌّ بالأَخْذِ،

---

(١) في د: وجد.

(٢) في د: بحفظ.

والسَّيِّدُ متعدٍّ بتركها في يد العَبْدِ؛ فعلَىٰ هذا: لَوْ هَلَكَ العَبْدُ ـ: لا يسقطُ الضمانُ عن السَّيِّد.

فإن قيل: إذا أوجَبْتُمُ الضمانَ على السَّيِّد في جميعِ أموالِهِ، فأيُّ فائدةٍ لتعلُّقه برَقَبة العبد؟ قلْنا: فائدته أنَّ السَّيِّد لو أفلَسَ ـ: كان صاحبُ اللُّقَطَةَ أحَقَّ بالعبد مِنْ سائر الغرماء، أما إذَا قُلْنَا: إنَّ العبد يَجُوزُ له ٱلالتقاطُ ـ: فإذا ٱلتقط ـ لا يَخْلُو إمَّا إنْ علم السَّيِّد أو لم يعلَمْ؛ فإن لم يَعْلَمْ ـ: فهي أمانةٌ في يد العبْدِ؛ فإن هلكت في مدةِ التعريف ـ في يده مِنْ غيرِ تفريط ـ: لا ضمان عليه، وإنْ هَلَكَ بتفريطٍ منه ـ: تعلَّق الضمانُ برقبتِهِ.

وإن عرَّفها العَبْدُ ـ: حُسِبَ تعريفه، ولا يَحْصُلُ الملكُ للعبْدِ، لأن العَبْدَ لا يَمْلكُ، ولا يحصُلُ الملْكُ للمولَىٰ بتعريفه، ما لم يَخْتَرْ تملُّكَهُ؛ بخلافِ ما لو ٱحتطب العَبْدُ أوِ ٱصْطادَ ـ: كان ملكاً للمولَىٰ مِن غَيْر ٱختيارِهِ؛ لأنَّهُ لا يعقب الضَّمَانَ، ومِلْكُ اللقطة يعقب الضمانَ، فيتوقَّف على ٱختيارِ المولَىٰ؛ فإنْ تملَّكَهَا العَبْدُ لنفسِهِ، وتصرَّف فيها، وهلَكَتْ في يده، أو أهلَكَهَا ـ: تعلَّق الضمانُ برقبته أَمْ بذمَّته؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: يتعلَّق بذمَّته؛ كما لو ٱستَقرَضَ شيئاً، فهلك في يده.

والثاني: تتعلَّق برقبته؛ لأنَّ صاحبها لم يَرْضَ بدفعها إليه؛ كما لو غصب شيئاً، فهلك عنده ـ: يتعلَّق الضمانُ برقبته؛ بِخلافِ القَرْضِ: فإنَّ صاحبه قَدْ رَضِيَ بدَفْعه إليه، فتعلَّقَ الضمانُ بِذِمَّتِهِ حتَّىٰ يعتق.

هذا إذا لَمْ يَعْلَم[1] السَّيِّد بِٱلتقاطه، فإن علم السَّيِّد ـ: فله أخذها منه؛ لأنه كسب عبده، ثم إنْ كان بَعْدَ تعريفِ العَبْدِ ـ: يتملَّكها المولَىٰ، وإنْ كان قَبْلَ التعريفِ ـ: يعرِّفها، ويَمْلِكُها؛ كما لو ٱلتقط بِنَفْسِهِ، ويكونُ الضمانُ على المولَىٰ دون العبدِ، وإنْ كان العَبْدُ قد عرَّفَ بَعْضَ الحولِ ـ: أكْمَلَ السيِّدُ الباقي وتملَّك، وإنْ علم به السيِّد، فأقرَّها في يد العَبْدِ ـ نظر: إنْ كان العبْدُ أميناً ـ: جاز؛ كما لو ٱلتقط بنَفْسِهِ، [ٱستعان][2] بعبده الأمينِ في حِفْظها، وإن لم يكُنْ أميناً ـ: كان الضمانُ على المَوْلَىٰ دُونَ العبد، وَلَو ٱلْتَقَطَ العَبْدُ لُقَطَةً، فأعتقه المولَىٰ؛ فإن قلْنا: يجوز للعبدِ ٱلالتقاطُ ـ: أخذَهَا المولى، وعرَّفها، وتملَّكها ـ لأنَّها[3] كسب عبده، وإنْ كان العَبْدُ قد عرَّفَ ـ: كان تعريفه مَحْسُوباً ويتملَّكها المولَىٰ، وإنْ قلنا: لا يجوزُ للعَبْدِ ٱلالتقاطُ ـ: لم يكُنْ للسيِّد أخْذُهَا؛ لأن العبْدَ كان متعدِّياً في أخذِهَا، وهَلْ يجعلُ كأنَّ العبد ٱلتقطَهَا بَعْدَ ٱلْعِتْقِ حتَّىٰ يعرِّف فيمتلك[4]؟ فِيهِ وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنَّهُ لم يَكُنْ ـ حَالَةَ الأخْذِ ـ مِنْ أهلِهِ؛ فعلَيْه أن يَدْفَعَهَا إلى الإمَامِ.

---

(١) في أ، ظ ـ: به.
(٢) سقط في د.
(٣) في ظ ـ: لأنه.
(٤) في ظ ـ: فيتملك.

والثاني: لَهُ أَنْ يعرِّفها[1] ويتملَّكها؛ لأنَّه صَارَ من أهْلِ ٱلالتقاطِ، فيجعل[2] كأنَّه ٱلتقطها بَعْدَ الْعِتْقِ.

والمُدَبَّرُ وَالمُعَلَّقَ عِتْقُهُ بالصفةِ وأُمُّ الولد في الالتقاطِ كالعبد إلاَّ أنَّا حَيْثُ قلنا: يتعلَّق الضمانُ برقبة العبد ـ ففي أُمِّ الولد: يجبُ على السَّيِّد، وإن لَمْ يَعْلَمْ به السَّيِّدُ؛ لأنَّ جناية أمِّ الولد تكونُ علَىٰ سيِّدها، وإن لم يعلَمْ به السيِّدُ.

وأمَّا المكاتَبُ: فقد قيل: هو كالعَبْد، وفيه قولان، فإن قلنا: لَيْسَ له ٱلالْتقاط: فإذا ٱلتقط ـ: كان ضامناً، وليس للسَّيِّدِ أخذُهَا؛ لأنه لا ولايةَ له علَيْه؛ بل يَأخُذُهَا الإمَامُ، ويحفَظُهَا إلىٰ أنْ يجد صاحبَهَا؛ فإذا أخذها الإمامُ ـ: برىء المكاتَبُ عن الضمان.

والصحيحُ من المذهَبِ، وهو المنصوص: أنَّ المكاتَبَ كالحُرِّ في ٱلالتقاطِ قولاً واحداً؛ لأنَّه كالحُرِّ في تَمَلُّكِ المَالِ [والتصرُّف][3]؛ فَعَلَىٰ هذا الطريق، [أو عَلَى الطريق][4] الأوَّل: أنه كالعَبْدِ، وَجَعَلْناه مِنْ أهله: يعرِّفها المكاتَبُ وَيَمْلِكُهَا، فإذا عَتَقَ في خلالِ التعريفِ ـ: أتَمَّ التعريفَ وملكها، وإن عَجَزَ: فإن كان بَعْدَ التعريفِ والتملُّك ـ: كان للمولَىٰ، وإن كان قَبْلَ التعريفِ ـ: أخذه الإمامُ وحفظه للمالكِ، ولا يأخذُهُ السيِّدُ؛ لأنَّ المُكَاتَبَ كان مِنْ أَهْلِ الْمِلْكِ، فإذا لم يَحْصُلْ له المِلْكُ بٱلتقاطه ـ: لا يَحْصُلُ بِغَيْرِهِ.

قال الشَّيْخُ ـ رحمه الله ـ: وَجَبَ أن يُقَالَ: يَأخُذُهَا المَوْلَىٰ ويعرِّفُهَا ويتملَّكُهَا؛ لأنَّ أَخْذَ اللقطةِ ٱكتسَابٌ، وكَسْبُ المكاتَبِ: إذا عجز ـ يكون للمولَىٰ، كالعَبْدِ إذا ٱلتقط: يأخُذُهَا السيِّد ويعرِّفها ويتملَّكها، ولم يُوجَدْ من العَبْد إلا ٱلاكتسابُ بٱلالتقاطِ.

قال ـ رحمه الله ـ: وكذلك لو مَاتَ العَبْدُ أو المكاتَبُ قَبْلَ التعريفِ ـ: يعرِّفها السيد وَيَمْلِكُها؛ وكذلك: الحُرُّ إذا ٱلتقط فَمَاتَ قَبْلَ التعريف ـ؛ يعرِّفها الوارثُ ويَمْلكها.

أمَّا مَنْ نصفُهُ حُرٌّ ونصفُهُ رقيق إذا ٱلتقط ـ نُظِرَ.

إن لَمْ يكُنْ بينَهُ وبَيْنَ السيِّد مهايأة ـ: فنصفها يعرِّفها الملتقطُ، ويملكُ؛ كالحُرِّ، وفي النصْفِ الآخر: كالعبد يلتقط والسَّيِّدُ يَمْلِكُهُ بعد التعريف؛ كما لَو ٱلتقط رجلانِ لُقَطَةً.

وإنْ كان بينه وبَيْنَ السَّيِّد مهايأة ـ فالمذهب: أن ٱلالتقاطَ يدخُلُ في المهايأة؛ كالأكْسَابِ العامَّة، فإن وجدَهَا في يوم السيِّد ـ: فكالعَبْدِ يلتقط[5]: يأخذها السيِّد ويعرِّفها ويتملَّك، وإنْ وجدَهَا في يَوْمِ نفْسِهِ ـ: فكالحُرِّ يلتقطُ: يعرِّفها العبْدُ ويتملَّكها.

---

(١) في د: يدفعها.
(٢) في د: فجعل.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: وكالعبد بلفظ.

وفيه قولٌ آخر: أنَّ الأكْسَابَ النادرة لاَ تَدْخُلُ في المهايأة؛ مثلُ: اللقطةِ؛ والرِّكَازِ، والوصيَّة، والهِبَةِ؛ ففي أيِّ يوم كان: يكونُ بينهما؛ كما لو لم يَكُنْ بينهما مهايأةٌ؛ لأن المهايأةُ إنَّما تكُونُ فيما يوجد في كُلِّ يَوْم، أما ما لا يُوجَدُ إلا نادراً في بَعْضِ الأيامِ ـ: فلا يمكنُ مراعَاةُ التَّسْوِيَةِ ـ بينهما؛ فلا تَقَعُ المهايأة عليها.

وأمَّا الفاسِقُ ـ: فيكره له ٱلالتقاطُ؛ لأنَّهُ ربَّما تدعوه نَفْسُهُ إلى كتمانِها، وإذَا ٱلتقط ـ: هل يُقَرُّ في يده؟ فيه قولان:

أصحُّهما: لا يُقَرُّ في يده، بل يُنْتَزَعُ [مِنْ يده][1]، ويُوضَعُ عند عَدْلٍ؛ لأنَّ اللقطةَ في مُدَّةَ التعريفِ أمانَةٌ، والمُلْتَقِطُ في حفظها كالوليِّ في حَقِّ الصغير، والفَاسِقُ لَيْسَ مِنْ أهلِ الأمانةِ ولا الولايةِ.

والثاني: يُقَرُّ في يده؛ لأنَّ ٱلالتقاط بمنزلة الاكتسابِ للتملك[2]؛ كالاحتطاب، وٱلاصطيادِ، والفاسِقُ مِنْ أهله؛ ولكنْ يُضَمُّ إليه عَدْلٌ يُشْرِفُ عليه.

وعلَى القَوْلَيْنِ جَميعاً: هَلْ يعتمدُ في التعريفِ عليه؟ فيه قولان:

أحدُهُما: يعتمدُ علَيْه؛ لأنَّه ليْسَ بمالٍ يَفْتَقِرُ إلى الأمانةِ.

والثاني: لا، بَلْ يُضَمُّ إليه أمينٌ يعرِّفان جَميعاً، لأنَّهُ [لا[3] يُؤْمَنُ خيانَةُ الفاسِقِ في التعريفِ؛ فإذا مضَتْ مُدَّةُ التعريفِ ـ: يتملَّكها الملتَقِطُ على القولَيْنِ جميعاً.

أما الذِّمِّيُّ: إذا ٱلتقط في دَارِ الإسلامِ ـ: ففيه وجْهَانِ:

أصحُّهما: أنَّ له ٱلالتقاطَ؛ لأنَّه ٱكتسابٌ، كالاحتطابِ وٱلاصطيادِ، ثم هُوَ كٱلْتقاطِ الفاسِق.

والثاني: لَيْسَ له ٱلالتقاطُ؛ لأنَّ فيه مَعْنى الولايةِ، ولا ولايةَ للذِّمِّيِّ على المُسْلِمِ؛ فيأخذه الإمَامُ ويحفظه إلىٰ أنْ يَظْهَرَ مالكه.

وأمَّا المُرْتَدُّ إن قُلْنَا: ملكه زائِلٌ ـ: ينتزَعُ مِنْ يده؛ كما لو ٱحتطب: [يُنْتَزَعُ مِنْ يده][4].

وإنْ قلْنا: مِلْكُهُ غَيْرُ زائلٍ ـ: فكالفاسقِ يلتقطُ.

فَصْلٌ في رَدِّ الآبِقِ وَحُكْمِ الْجَعَالَةِ

قَالَ الله تَعالَىٰ: ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] وَشَرْعُ من قبلنا:

---

(١) في ظـ: منه.

(٢) في د: بالتملك.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في د.

يَجُـوزُ العَمَلُ به؛ إذا لَمْ يَرِد النَّهْيُ عنه في شرعنا.

عَقْدُ الْجِعَالَةِ جَائِزٌ علَىٰ رَدِّ الآبِقِ وَرَدِّ الضَّوَالِّ، وَعَلَى الْبِنَاءِ وَالْخِيَاطَةِ وغَيْرِهَا، وهو: أَنْ يَبْذُلَ جُعْلاً عَلَىٰ شيء مِنْ هذه الأعمالِ لِمَنْ عمله؛ لأن الحَاجَة قد[1] تدْعُو إِلَيْه؛ كما يجوزُ عَقْدُ الإجارةِ للضَّرورة الداعية إليها.

وجملتُهُ: أنَّ ما جاز عَقْدُ الإجارة علَيْه ـ: جَازَ عَقْدُ الجعالةِ عليه، وقد تَصِحُّ الجعالة حيْثُ لا تصحُّ الإجارةُ، وهو مع جهالةِ العامِلِ والعَمَلِ والمُدَّةِ، فتقولُ: مَنْ رَدَّ ضَالَّتِي، أو رَدَّ أَبَقِيَ[2] ـ فله كذا ـ يَصِحُّ فالعاملُ مجهولٌ؛ لأنه لا يدري مَتَىٰ يَرُدُّهَا، والعمل مجهولٌ لأنه لا يدري متى يَرُدُّهـا ومِن أين يَرُدُّهَا، ولو قال: اسْتَأْجَرْتُكَ؛ لِتَرُدَّ ضالَّتِي بكذا، ولا يَدْرِي موضعهَا ـ: لا يصحُّ، وإنَّما جوَّزنا الجعالة مَعَ الجهالةِ؛ لأن الحاجَةَ تَدْعُـو إِلَيْه؛ فإنَّ[3] الرجُلَ قَدْ تَضِلُّ له دابَّةٌ، ويأبق لَهُ عَبْدٌ، ولا يدري موضعه؛ فجاز مع الجهالةِ، كالمضاربة، ويختلفانِ مِنْ حَيْثُ إنَّ الأجرَةَ في الإجارةِ: يَجِبُ بنَفْسِ العقدِ، وفي الجعالةِ: لا تَجِبُ إلاَّ بعد تَسْلِيم العمَلِ، وأن[4] الإجارةَ عقد لازمٌ، والجعالةَ غَيْرُ لازم: يجوز لكلٍّ واحد مِنْهُما فسخُهَا قَبْل العمَلِ، فلو أنَّ رجلاً أَبَقَ له عَبْدٌ، أو ضلَّتْ له بهيمةٌ، فردَّهُ إنسانٌ بغير أمرِ صاحبِهِ ـ: لا يستحقُّ شيئاً؛ سواءٌ كان معروفاً بِرَدِّ الضوالِّ أو لم يكُنْ.

وقال مالكٌ ـ رحمة الله عليه ـ: إن كانَ معروفاً بِرَدِّ الضوالِّ: فيستحقُّ أَجْرَ المثلِ؛ وإلاَّ فلا يستحقُّ شيئاً.

وقال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ فِي رَدِّ العبدِ خاصَّةً: إنه إن رَدَّهُ مِنْ مسافةِ ثلاثةِ أيامٍ أو أكثَرَ، وكان معروفاً بذلك ـ: يستحق أربعين درهماً استحساناً لا قياساً، فإنْ كانَتْ قيمةُ العَبْدِ أقَلَّ مِنْ أربعينَ ـ: ينقص عَنْ قيمته درهم، وإن لم يكُنْ معروفاً بذلك ـ: لا يستحقُّ شيئاً، وإن رَدَّهُ من مسافةٍ أَقَلَّ من ثلاثةِ أيامٍ ـ قال ـ: يستحقُّ أَجْرَ المثل.

وعندنا: إنْ رَدَّ بغَيْرِ أمرِ صاحِبِهِ ـ: لا يستحقُّ شيئاً؛ لأنَّهُ رَدَّ ما لَم يشرطْ له عليه عِوَض؛ كما لو رَدَّ ضالَّةً، أو رَدَّ مَا لم يكُنْ معروفاً بالرَّدِّ.

وإنْ رَدَّ بأمره[5] ـ نظر: إنْ عَيَّنَ رجلاً، وسَمَّىٰ له مالاً معلوماً، فقال: إنْ رَدَدتَّ عَبْدِي، أو ضالَّتي ـ: فلك عليَّ عَشَرَةُ دراهمَ، فإنْ رَدَّ ذلك الرجلُ ـ: يستحقُّ المسمَّىٰ، وإن رَدَّ غيره ـ: لا يستحقُّ شيئاً، وإن لم يعيِّنْ أحداً، بل قال: مَنْ رَدَّ عبدي، أو قال: مَنْ رَدَّ ضالتي ـ فله عَشَرَةُ

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: دابة.
(٣) في د: لأن.
(٤) في د: فإن.
(٥) في د: مرة.

دراهم ـ فكلُّ مَنْ سَمِعَ ذلك منه، أو مِنْ غيره، فردَّهُ ـ ويستحقُّ المسمَّىٰ، ومَنْ ردَّهُ ممَّنْ لم يسمَعْهُ ـ لا يستحقُّ شيئاً، وهو متبرِّع.

ولو رَدَّهُ رجلانِ، أو ثلاثةٌ ـ: فيكونُ المسمَّىٰ بينهم علىٰ عَددِ رُؤُوسهم.

ولو ذكَر مالاً مجهولاً، فقال الرَجُلُ: رُدَّ آبِقِي[١] حتَّىٰ أُرْضِيَكَ، [أو إن رددته أعطيك][٢] شيئاً، أو قال: مَنْ رَدَّهُ ـ: فله عليَّ شيءٌ؛ فرده رَجُلٌ مِمَّنْ سمعه ـ: يستحقُّ أَجْرَ المثل؛ لأنَّه لَمْ يَعْمَلْ مَجَّاناً.

ولو قَالَ من ردَّهُ ـ: أعطيته شيئاً، فردَّهُ جماعة ـ: فَأَجْرُ مثل الرَّدِّ بينهم، فأما إذا قال الرَّجُل: رُدَّ آبقِيَ، أو ضَالَّتِي، ولم يذكُرْ شيئاً، فردَّهُ ـ: كان متبرِّعاً؛ لا يستحقُّ شيئاً؛ لأنه عَمِلَ بَلا عوض.

وقيل: إنْ كَانَ معروفاً بِرَدِّ الضَّوالِّ ـ: يستحقُّ أَجْرَ المثل.

ولو نَادَىٰ غَيْرُ مالِكِ العبد: مَنْ رَدَّ عَبْدَ فلانٍ ـ فله عَشَرَةُ دراهِمَ، فردَّهُ رَجُلٌ ـ: يستحقُّ العشرة على المنادِي؛ لأنه ضَمِنَ العوض، فإنْ قال في النداء: [قد][٣] قَالَ فلانٌ: مَنْ رَدَّ عبْدي ـ فله عشرةٌ، فردَّهُ رجُلٌ ـ: لا يجبُ على المنادِي شيء.

قال الشيخُ ـ رحمه الله ـ: فإن كان فلانٌ قد قالَهُ ـ: يستحقُّ عليه؛ وإلاَّ فلا يستحقُّ شيئاً.

ولو قال لِرَجُلٍ: إنْ رَدَدتَ عبدي ـ فلك عشرةٌ، فشاركَهُ في الرَّدِّ غيره[٤] ـ: لا يستحقُّ مَنْ شاركه شيئاً؛ لأنه متبرِّعٌ، ثم نُظِرَ: إنْ قال المُعِينُ: إنِّي أَعَنْتُ العاملَ ـ: فالعَامِلُ يستحقُّ جَميعَ العَشَرةِ، ولا شَيْء للمُعِينِ، سواءٌ قال المُعِينُ: شاركته لأُشارِكَهُ في الجُعْلِ أو قال: مَجَّاناً.

وإن قَالَ: عَمِلْتُ للمالِكِ بعوضٍ أو غيرِ عوضٍ ـ: فالعامل يستحقُّ نِصْفَ المسمَّىٰ له.

ولو قال لِرَجُلٍ: إنْ رَدَدتَ عبدي ـ فلكَ عشرةٌ، وقال لآخر: إنْ رَدَدتَّهُ ـ فلك عشْرُونَ، وقال لثالث: إن رَدَدتَّهُ ـ فلك ثلاثون، فردَّهُ واحدٌ منهم ـ: يستحقُّ ما سَمَّىٰ له، وإنْ رَدُّوهُ جميعاً ـ: يستحقُّ كُلُّ واحدٍ منهم ثُلُثَ ما سَمَّىٰ له؛ فالأوَّلُ يستحقُّ ثُلُثَ العشرة، والثانِي ثُلُثَ العشرينَ، والثالثُ ثُلُثَ الثلاثينَ، وإن رَدَّهُ اثنان منهم ـ: يستحقُّ كُل واحدٍ منهم نصْفَ ما سَمَّىٰ له، وإن أعانهم رَابعٌ، فردُّوهُ جميعاً ـ: لا شيء للمُعِينِ، وكم للثلاثِ نُظِر: إن قَالَ المُعِينُ؛ عَمِلْتُ للمالِكِ ـ: فلكلِّ واحدٍ من الثلاثِ رُبُعُ ما سَمَّىٰ له، وإنْ قال: أَعَنْتُ ثلاثَتَهُمْ ـ: فكُلُّ واحدٍ يستحقُّ ثُلُثَ ما سَمَّىٰ له، كما لو ردوه دون المعين وإن قال: أَعَنْتُ واحداً منهم بعيْنِه ـ: فذلك يستحقُّ نصْفَ ما سَمَّىٰ له، ولكلِّ واحدٍ من الآخَرِينَ رُبُعُ ما سَمَّىٰ له، ولو قَالَ لِرَجُلٍ: إن

---

(١) في د: ضالتي.

(٢) في د: وإن رددتها أعطيتك.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في د.

رَدَدتَ عبدي ـ فلك عَشَرَةٌ، وقال لآخَرَ: إنْ رَدَدتَ ـ فأعطيك شيئاً، فَرَدَّا معاً ـ: فمن سَمَّىٰ له العَشَرَةَ: يستحقُّ نصْفَ العشرةِ، والآخَرُ يستحقُّ نصْفَ[1] أجْرِ المثل.

ولو أَبَقَ لرجُلٍ عبدانِ، فقال: مَنْ رَدَّهُمَا ـ فله عشرةٌ، فَرَدَّ رَجُلٌ أحدَهُمَا ـ: يستحقُّ نصْفَ المسمَّىٰ، سواءٌ أستوَتْ قِيمَتُهُمَا أو اختلفَتْ.

ولو قال لرجُلَيْنِ: إنْ رَدَدْتُمَا عَبْدِي ـ فلكما عشرةٌ، فردَّهُ أحدُهُما ـ: يستحقُّ نصْفَ المسمَّىٰ؛ لأنه لم يجعلْ له إلاَّ نصفه، ولو قال لِرَجُلَيْنِ: إنْ رَدَدْتُما العَبْدَيْنِ ـ فلكما كذا، فردَّ أحدهما ـ: يستحقُّ رُبُعَ المسمَّىٰ.

ولو قال: إنْ رَدَدتَ عبدي من موضعِ كَذَا ـ: فلَكَ عشرةٌ، فَرَدَّهُ مِنْ نِصْفِ الطريقِ ـ: يستحق نِصْفَ المسمَّىٰ.

ولو رَدَّ من الموضع الذي عَيَّنَهُ، فرأى المَالِكَ في نِصْفِ الطريقِ، فدفع إلَيْه ـ: يستحقُّ نِصْفَ المُسَمَّىٰ، ولا يَسْتَحِقُّ العامِلُ في الجعالة شيئاً إلا بَعْدَ حصولِ العَمَلِ، حَتَّىٰ لو قال: مَنْ رَدَّ آبِقِي، أو قال لرجُلٍ بعينه: إنْ رَدَدتَّ آبِقِي ـ فلكَ كذا، فَطَلَب، ولم يَجِدْ، أو وَجَدَهُ، فمات في الدَّرْبِ، أو أَبَقَ في الطريقِ، أو رَجَعَ بِنَفْسِهِ ـ: لا يستحقُّ شيئاً؛ بخلافِ ما لو أستأْجَرَ رَجُلاً؛ لِيَحُجَّ عنه، فَأَتَىٰ ببعضِ الأعمالِ، ثم مات ـ: يستحقُّ بِقَدْرِ ما عَمِلَ من الأجرةِ على أحَدِ القولَيْنِ؛ لأن المقصودَ مِنَ الحَجِّ تحصيلُ الثوابِ، وقَدْ حصَلَ له بَعْضُ الثوابِ، والمقصودُ من الجعالةِ: رَدُّ العبدِ إلى يده، ولم يوجَدْ؛ فلا يستحقُّ شيئاً، وإذا رَدَّهُ ـ: ليس له حَبْسُهُ لاستيفاءِ الجُعْلِ؛ لأنه يستحقُّ بالتَّسْلِيمِ؛ حتى لو شرط تعجيلَ الجُعْلِ[2] ـ: يَفْسُدُ.

ولو أختلف العامِلُ وَرَبُّ المالِ، فقال العامِلُ: شرطْتَ لي جُعْلاً، وقال المَالِكَ: لَمْ أَشرِطْ ـ: فالقولُ قولُ المالِكِ مع يمينه.

وكذلك: لو قال العامِلُ: أَنَا رَدَدتُ، وقال المالكُ: بَلْ عَادَ العَبْدُ بنفسه ـ: فالقولُ قولُ المالِكِ مع يمينه، وكذلك: لو رَدَّ أَحَدَ عَبْدَيْهِ، فقال المالكُ: شَرَطْتُ لك الجُعْلَ علَىٰ رَدِّ العبد الآخَرِ، فقال العامِلُ: بَلْ على هذا العبدِ ـ: فالقولُ قولُ المالكِ مع يمينه.

ولو قال العامل: شَرَطْتَ لي في رَدِّ أحدهما، وقال: بَلْ في رَدِّهما، قال الشيخُ ـ رحمه الله ـ: وَجَبَ أن يَتَحَالَفَا.

[ولو أختلفا][3] في مِقْدَارِ الجُعْلِ، فقال العاملُ: شَرَطْتَ لي عشرةً، فقالَ: بَلْ خمسةً ـ:

---

(١) في أ: أسمى.
(٢) في د: الأجرة.
(٣) سقط في د.

يتحالَفَانِ، ثم يجب للعامِلِ أَجْرُ المثلِ؛ كما لو ٱختلفا في الإجارة في قَدْرِ الأجرة.

وَيَجُوزُ لكلِّ واحدٍ من المتعاقِدَيْنِ فَسْخُ العَقْدِ قبل الشُّروع في العَمَلِ، أمَّا بعد الشروع في العملِ ـ نُظِرَ: إنْ أرادَ العامِلُ الفَسْخَ ـ: له ذلك؛ لأنه يحبسُ بِحَقِّهِ.

فإذا فَسَخَهُ: لا يستحقُّ شيئاً لما عَمِلَ، وهَلْ يجوزُ للجاعِلِ الفَسْخُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأنَّه عَقْدٌ جائزٌ من الجانِبَيْنِ، كما قبل الشروع في العَمَلِ، وإذا فَسَخَ: لا شَيْءَ للعامِلِ.

والثاني: لَيْسَ له ذلك، إلاَّ أن يضمن للعامِلِ أجْرَ ما عمل؛ لأنَّهُ يبطلُ بفَسْخِه حَقُّهُ فيما عمل.

ويجوزُ الزيادَةُ والنقصانُ في الجُعْلِ قَبْلَ العَمَلِ.

فإنْ قال: مَنْ رَدَّ عبدي ـ فَلَهُ عشرة؛ ثم قال: مَنْ رده فله دينار، فمن رده يستحق الدينار لا العشرة.

وإن قال: من ردَّ عبدي فله عشرة، ثم قال: من رده فله خمسة، فمن رده يستحق الخمسة.

ولو قال: مَنْ رَدَّ عبدي ـ فله كذا، فكان في يد رجلٍ، فردَّهُ ـ: يستحقُّهُ، إن كان يحتاجُ في رَدِّهِ إِلَىٰ مؤنةٍ، فإن كان شيئاً خفيفاً لا مؤنَةَ في رَدِّه ـ: لا يستحقُّ شيئاً.

ولو قال: مَنْ دَلَّنِي على عبدي ـ فله كذا[1]، فدَلَّهُ رجُلٌ دلالَةً تحتاجُ إلىٰ مؤنة ـ: يستحقُّ، فإن كان فِي يَدِهِ ـ: لا يستحقُّ شيئاً.

ولو قال: مَنْ أخبرني ـ فلَهُ كذا، فأخبره رَجُلٌ ـ: لا شيء لَهُ؛ لأنه لا يحتاجُ فيه إلَىٰ عملٍ، والله أعلَمُ.

بَابُ ٱلْتِقَاطِ ٱلْمنبُوذِ

رُوِيَ عَنِ ٱبْنِ شِهَابٍ عَنْ ستين أبي جميلة، أَنَّهُ وَجَدَ مَنْبُوذاً، قَالَ: «فَجِئْتُ بِهِ إلى عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ ـ رَضِيَ الله عَنْهُ ـ فَقَالَ: مَا حَمَلَكَ عَلَىٰ أَخْذِ هَذِهِ النَّسَمَةِ فَقَالَ: وَجدتُّها ضَائِعَةً، فَأَخَذْتُهَا، فَقَالَ عَرِيفُهُ: يَا أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ: إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ!! فَقَالَ: كَذَلِكَ[2] فَقَالَ نَعَمْ، فَقَالَ

---

(١) في د: دينار.

(٢) في د: كذا.

عُمَرُ ـ رَضِيَ الله عَنْهُ ـ اْذْهَبْ فَهُوَ حُرٌّ، وَلَكَ وَلاَؤُهُ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ»(١).

اللقيط والمَنْبُوذُ: هو الصغيرُ الذي يُوجَدُ منبوذاً مطروحاً؛ فيلتقطُ، فإذا وَجَدَ صغيراً بهذه الصفةِ ـ: لا يجوز تضييعُهُ، ويجبُ على عامَّة(٢) المسلمينَ أخْذُهُ والتكفُّل به، وهو فَرْضٌ على الكفايةِ، فإذا قَامَ به بعضُهُمْ ـ: سقط الفَرْضُ عن الباقين.

وما على اللقيطِ مِنَ الثيابِ والدراهمِ المشدودةِ عليه، والحُلِيِّ الذي عليه، والفِرَاشِ الذي تحته، والدَّنانيرِ المصْبُوبَةِ تَحْتَ فراشِهِ، أو كان على دابَّةٍ أو بِقُرْبِهِ دابَّةٌ، وعِنَانُهَا بيده، أو مَشْدُودة على وَسَطِهِ، أو كان في دَارٍ لَيْسَ فيها غيرُهُ ـ: فكلُّها تكُونُ له؛ كما أن [ما في يَدِ البالغ](٣) يَكُونُ محكوماً له بِهِ في الظَاهِرِ، وإن كان بقُرْبِهِ دَابَّةٌ ترعَىٰ أو مربوطَةٌ، أو ثيابٌ، [أو متاع](٤) موضوعٌ، هل يُحْكَمُ له بها؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا يُحْكَمُ له بها، بَلْ هي لُقَطَةٌ؛ كما لو كانَتْ بعيدةً عَنْهُ؛ لأنه لا يَدَ له عليها.

والثاني: يُحْكَمُ له بها؛ لأنَّ الإنْسَانَ قد يَتْرُكُ مَالَهُ بقربِهِ؛ كالذين يَبِيعُونَ في الأسواقِ، وتكونُ أمتعتُهُمْ بيْنَ أيديهم، وهي لَهُمْ.

وإنْ كان تَحْتَهُ دراهمُ مدفونَةٌ ـ: لا يُحْكَمُ له بها؛ فَإنَّ مَنْ جَلَسَ علَىٰ أرضٍ، وتحته دفينٌ ـ: لا يُحْكَمُ له به؛ ولكنَّها إن كانَتْ في مواتٍ، وهي بضَرْبِ الجاهليةِ ـ: فهي رِكَازٌ، وإن كان بضَرْبِ الإسلام، أو في طَرِيقةٍ ـ: فلقطةٌ، وقال الشيخُ القَفَّال ـ رحمه الله: لَيْسَتْ بلقطةٍ؛ بل هي بالدفنِ كالإبلِ الممتنعَةِ: يدفعها إلى الإمامِ، وإذا أخذ اللقيط ـ:(٥) هل يَجبُ الإشهادُ عليه وعلى ما مَعَهُ؟ قِيلَ: فيه وجهان؛ كما في اللقطة.

وقيلَ وهو الأصحُّ ـ: يجبُ وجهاً واحداً؛ لأنَّ اللقطةَ مَالٌ، والإشهادُ في المالِ مستحبٌّ؛ كالإشهاد على البَيْعِ والإجارةِ، وفي اللقيط: يراد حفظ حريَّتِهِ وَنَسَبِهِ، وفي مِثْلِهِ: يجبُ الإشهادُ؛ كعقد النكاح: يجبُ فيه الإشهادُ.

ثم إنْ كان الملتقِطُ مسلماً حُرًّا عَدْلاً مقيماً ـ: يُقَرُّ اللقيطُ في يده، وهو أَوْلَىٰ بحفظه وحِفْظِ مالِهِ مِنْ غيره، ولا يحتاجُ في الإمْسَاكِ إلَىٰ إذْنِ الحاكمِ.

وقيل: يحتاجُ في إمْسَاكِ المالِ إلَىٰ إذْنِهِ، وتكونُ نفقةُ اللقيطِ وحضانتُه في مالِهِ، إن كانَ مَعَهُ مالٌ، ولا يجوزُ للملتقطِ أن يُنْفِقَ عليه مِنْ مالِهِ بغَيْرِ إذنِ الحاكمِ؛ فإن فعل ـ: كان ضامناً؛

---

(١) أخرجه مالك (٧٣٨/٢) كتاب الأقضية باب القضاء في المنبوذ حديث (١٩) عن الزهري عن سنين أبي جميلة به.

(٢) في د: على كافة.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في د.

(٥) في د: اللقطة.

لأنه لا ولايَةَ له عليه إلا الكفالةَ، فإنْ دَفَعَ الأَمْرَ إلى الحاكمِ ـ: يأخذ الحاكمُ [ماله][1]، ويضعه عِنْدَ أَمينٍ: يأمره بالإنفاقِ عليه بالمعروفِ، فإنْ قَتَّرَ ـ: منعه الحاكمُ مِنَ التقتيرِ، وإن أسْرَفَ ـ: فقرارُ الضمانِ على الملتقطِ؛ لأن الهَلاَكَ على يَدِهِ، والأمينُ يكُونُ طريقاً في وجوبِ الضمانِ عليه، فإنْ أقَرَّ الحاكمُ المَالَ في يَدِ الملتقطِ، وأمَرَهُ بالإنفاقِ عليه ـ: نَصَّ في «اللقيط» علَىٰ جوازِهِ، ونصَّ في الضَّالَّةِ: إذا أمر الحاكمُ الواجِدَ بأنْ يُنْفِقَ عليها من مال نفسِهِ ـ: لا يجوزُ حتَّىٰ يأخذ المالَ، فيدفعه إلى أمينٍ: يدفع إلَيْه بالمَعْرُوفِ، واختلف أصحابُنَا فيه، مِنْهُمْ مَنْ جعل فيهما قولَين:

أحدهما: لا يجوزُ؛ لأنَّ الإنسان لاَ يَجُوزُ أن يكُونَ أميناً فيما يقبض مِنْ نفسه لغيره؛ كما لا يكُونُ وكيلاً لِصَاحِبِ الحَقِّ في القَبْضِ مِنْ نفسه.

الثاني: يَجُوزُ؛ لأنه أمينٌ على الطِّفْلِ؛ فيجوزُ أن يُنْفِقَ عليه ممَّا في يدهِ مِنْ مَالِهِ؛ كالوَصِيِّ؛ يُنْفِقُ على الصبيِّ من ماله.

ومِنْهُمْ مَنْ فرق بينهما عَلَىٰ ظاهرِ النَّصِّ، وقال في الضالَّة: لا يجوزُ؛ لأنَّهُ ينفقُ الواحِدُ عليها ـ مِنْ مال نفسه؛ فلا يَكُونُ أميناً فيما يَجبُ لَهُ مِنَ الضمانِ، وفي اللقيطِ: ينفقُ عليه مِنْ مَالِ اللقيطِ، وليس غَيْرُ الملتقطِ أولَىٰ بذلك مِنَ الملْتَقِطِ، ولأَنَّ اللقيطَ لا وَلِيَّ له في الظاهرِ؛ فجاز أن يُجْعَلَ الواجِدُ وليّاً له، وأمَّا الضالَّة: فلها وَلِيٌّ، وهو مالكُهَا، وربَّما يكونُ رشيداً لا يولى عليه؛ فلَمْ يَجُزْ أن يكون أميناً في الإنفاقِ عليها، وإنْ لم يكُنْ هناك حاكمٌ ـ ففيه قولان:

أحدُهُمَا: ينفقُ عليه بنَفْسِهِ، ويشهد علَيْه؛ لأنه موضعُ ضرورةٍ، فإنْ لم يُشْهِدْ ـ: ضمن.

والثاني: لاَ؛ بَلْ يضعُهُ عند أمينٍ: ينفقُ عليه بالمعروفِ، فإذا بلغ اللقيطُ، واختلفا في قَدْرِ ما أنْفَقَ ـ: فالقولُ قولُ الملْتَقِطِ مع يمينِهِ؛ إن كان ما يَدَّعِيهِ قَصْداً.

وأما إذا لم يكُنْ لِلَّقِيطِ مالٌ ـ: تكونُ نفقته فِي بَيْتِ المالِ؛ لما رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ ـ رضي الله عنه ـ أَنَّهُ اسْتَشَارَ الصَّحَابَةَ فِي نَفَقَةِ اللَّقِيطِ، فَقَالُوا: في بيتِ المالِ[2]، فإنْ لم يكُن في بيتِ المالِ مَالٌ، أو كان، ولٰكِن يحتاجُ إلى صرفِهِ إلَيْ ما هُوَ أَهَمُّ: مِنْ قتالِ عَدُوٍّ هَجَمَهُمْ أو نحوه ـ: ففيه قولان:

أحدُهُمَا: نفقتُهُ وحضانَتُهُ علَىٰ عامَّة المسلمين: يخرجُها الإمامُ عَلَىٰ أَهْلِ الثَّرْوةِ مِنْ أهلِ البَلَدِ علَىٰ قَدْر يسارهم ويعد نفسه فيهم، فإنِ امتنعوا ـ: عَصَوْا وقُوتِلُوا عليه؛ كالفَقِير الزَّمِنِ والمَجْنونِ الذي لا مَالَ له: يكون القيامُ بنفقته عَلَىٰ عامَّةِ المسلمين.

---

(١) سقط في د.

(٢) ذكره ابن الملقن في «الخلاصة» (٢/ ١٢٧) وقال: غريب.

والقول الثاني: يستقرضُ الإمَامُ على اللقيطِ؛ كالمضطرِّ[1] إلى المجاعَةِ: يأخُذُ مَالَ الغَيْرِ لنفقته بالعِوَضِ[2]؛ لأن اللقيطَ يَجُوزُ أن يكونَ لَهُ مَالٌ؛ فتكون نفقته في مالِهِ، أو يكون له قريبٌ تكونُ نفقتُهُ علَىٰ قريبه مِنَ الوالِدِينِ والمولودين، وقد يكونُ عبداً؛ فتكُونُ نفقتُهُ علَىٰ مولاه، فإن لم يَجِدْ رجلاً بعينه يقرضه ـ: قَسَّطَهُ[3] الحاكمُ على أهْلِ القريةِ قرضاً، ثُمَّ إنْ ظَهَرَ في بَيْتِ المالِ مَالٌ قبل بلوغِ اللقيطِ ـ: يُؤَدَّىٰ ذلك القَرْضُ مِنْ بَيْتِ المالِ، وإنْ لم يَظْهَرْ حتى بَلَغَ ـ: فيكونُ في ذِمَّةِ اللقيطِ، فإنْ ظَهَرَ له مَالٌ ـ: يؤدَّىٰ منه، وإنْ لم يَظْهَرْ، وله كَسْبٌ ـ: يؤدي ـ مِنْ كَسْبِهِ، فإن لم يكُنْ ـ: فيؤدِّي الإمامُ مِنْ سَهْمِ المَسَاكِين والغارِمِينَ من مَالِ الصَّدَقَاتِ، وإن لم يكُنْ ـ: فهو في ذمَّة اللقيطِ إلى أن يَجِدَ، وإن بَانَ عبداً ـ: أَخَذَ مِنْ مولاه.

ولو أَمَرَ الحاكمُ الملتقِطَ حَتَّىٰ يستَقْرِضَ، فينفقَ عَلَيْهِ ـ: يجوز، ولو أمره بالإنفاقِ عليه مِنْ مالِ نَفْسِهِ؛ ليرجع ـ: ففيه قولان؛ كما في الضَّالَّةِ، وإن[4] كان الملتقِطُ غَيْرَ أَمِينَ ـ: لا يَنْزِلُ اللقيطُ في يده، بل ينتزع[5] منه، ويكون عند أَمِين؛ وإنْ كان ظاهِرُهُ الأَمَانَةَ، ولم يختبر أمانة باطِنِهِ، فتركناه في يده، وأراد أن يُسَافِرَ به ـ: ينتزع[6] مِنْ يده؛ لأنه لا يُؤْمَنُ أن يَسْتَرِقَّهُ[7]؛ فإن كان مأموناً ـ: تُرِكَ في يده، وإنْ كان الملتقطُ عَبْداً ـ: ينزع مِنْ يده؛ لأن منافعهِ لغَيْرِهِ؛ فلا يتفرَّغُ لِحضَانَتِهِ، وإن أذن له السيِّدُ، أو عَلِمَ، فأقرَّهُ في يده تُرِكَ في يده؛ كما لو ٱلْتَقَطَهُ السَّيِّدُ وسَلَّمَ إلى عَبْدِهِ لِيُرَبِّيَهُ، وإن كانَتِ امرأة ـ: تُرِكَ في يدها؛ لأنَّها أَهْدَىٰ إلى الحضانة.

وإن كان المُلْتَقِطُ ذِمِّيًا، والدَّارُ دارُ الإسلامِ، يسكنها المسلمونَ ـ: يُنْزَعُ منْهُ؛ لأنَّه محكومٌ بالإسلامِ؛ فلا يُتْرَكُ في يدِ كافرٍ، وإن قَلَّ فيها المسلمون.

وإنْ كانَتِ الدارُ دَارَ المسلمينَ، ويسكنها المشركُونَ، وهو قسمان:

أحدُهُمَا: أن يفتح المسلمون بلداً مِنْ بِلَادِ الشِّرْك، وَمَلَكُوهَا، وَأَقَرُّوا أَهْلَهَا فيها، فإذا وُجِدَ فيها لقيطٌ ـ نُظِرَ:

إنْ كان فيها مُسْلِمٌ واحد ـ: فاللقيطُ محكومٌ بالإسْلامِ، وإن لم يكُنْ فيها أَحَدٌ من المسلمين ـ: فهو محكوم بالكفر.

والقِسْمُ الثاني: أن يكُونَ الدارُ دَارَ الإسلامِ في الأصْلِ، فٱنْجَلَىٰ أهلُهَا، وغَلَبَ عليها الكُفَّار، فسكَنُوهَا: فإذا وُجِدَ فيها لقيطٌ، ولَيْسَ فيها أحدٌ من المسلمين قال أبو إسْحَاق ـ رحمه

(١) في د: على.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: قسط.
(٤) في أ: ولو.
(٥) في د: ينزع.
(٦) في د: ينزع.
(٧) في د: يسرقه.

الله ـ: محكوم بالإسلام لأنَّ أَصْلَ الدارِ للمسلمينَ، ويحتمل أنْ يَكُونَ فيها مُسْلِمٌ مُخْتَفٍ[1]، وهذا منه.

والمذهَبُ: أنه محكومٌ بالكفرِ؛ كالقسم الأوَّل.

وإن كانَتِ الدارُ دَارَ أَهْلِ الشِّرْكِ ـ نُظِرَ: إن لم يَكُنْ فيها مُسْلِمٌ ـ: فاللقيط[2] محكُومٌ بالكفر، وإن كان فيها مُسْلِمُونَ أَسَارَىٰ وتُجَّارٌ ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: يُحْكَمُ بكُفْره؛ تبعاً للدارِ.

والثاني: يُحْكَمُ بإسلامه؛ لاحتمالِ أن يكُونَ مِنْ مُسْلِمٍ، فيغلب حُكْمُ الإسلام، فكُلُّ موضعِ حَكَمْنَا بإسلامِ اللقيطِ: فإذا الْتقطَهُ كافِرٌ ـ ينزع منه.

وإنْ كان الذي أَخَذَ اللقيطَ بَدَوِيًّا ـ نُظِرَ.

إن وَجَدَهُ في مِصْرٍ أو قريةٍ، وأراد المُلْتَقِطُ الإقَامةَ في الموضِعِ الذي وُجِدَ فيه ـ: يُقَرُّ في يده، وإنْ أَرَادَ الرجُوعَ إلى الباديةِ، وحَمَلَهُ مع نفسه ـ: لا يُتْرَكُ، وينتزَعُ مِنْهُ؛ لمعنيين:

أحدُهُمَا: لأنَّ[3] الذي ضَيَّعَهُ رُبَّما يطلبه فِي مَوْضِعِهِ، فَنَقْلُهُ يُؤَدِّي إِلَىٰ ضياعِ نَسَبِهِ.

والثاني: لأن البَلَدَ أَرْفَقُ بِالصَبِيِّ، وفي نَقْلِهِ إلى الباديةِ مَشَقَّةٌ عليه.

وإن كان الملتقطُ غَرِيباً، أراد نقله إِلَىٰ بلدٍ آخَرَ ـ: فالمذهَبُ: أنه ينتزع منه؛ لما في نقله مِنْ ضياعِ نَسَبِهِ، وعلى المَعْنَى الثاني: يترك في يَدِهِ؛ لأن رفق البَلَدِ في حَقِّهِ حاصلٌ، وإن وجده في بادية ـ نظر:

إن كَانَ الواجِدُ حَضَرِيًّا أرادَ حَمْلَهُ إلى البلدِ ـ: تُرِكَ في يده؛ لأنَّ في ذَلِكَ مصلَحَةً له، وإنْ كان بَدَوِيّاً، فأراد المُقَامَ [في البادية][4] نظر:

إن كان لَهُ مَوْضِعٌ رَاتِبٌ[5] يأوِي إليه ـ: تُرِكَ في يده؛ لأنَّهُ كالْمِصْرِ في حَقِّهِ ـ وإن لم يكُنْ له موضعٌ رَاتِبٌ؛ لكنَّه من أَهْلِ النُّجْعَةِ؛ ينتقل ـ مِنْ مكانٍ إلى مكانٍ ـ: ففيه وجهان:

أحدهما: يُنْتَزَعُ منه؛ لأنَّ فِي نَقْلِهِ مِنْ مكانٍ إلى مكانٍ ضَيَاعَ نَسَبِهِ.

والثاني: يُتْرَكُ في يده؛ لأنَّ أطرافَ الباديَةِ في حَقِّهِ كالبلد.

(١) في د: مختفياً.

(٢) في د: واللقيط.

(٣) في د: أن.

(٤) في د: بالبادية.

(٥) رائب الأرض نبتت رطبتها بعد الجز ينظر المعجم الوسيط (رئب).

ولو وَجَدَ اللَّقِيطَ رجلان ـ: نظر: إن أستوت حالتهما بأَنْ كانا مسلِمَيْنِ حُرَّيْنِ أَمِينَيْنِ مقيمَيْنِ: قال أبو إسحاق ـ رحمه الله ـ:

إن كانا موسِرَيْنِ ـ: فهما سواءٌ؛ يُقرَعُ بينهما؛ لقولِهِ تعالَىٰ: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران:] فمن خَرَجَتْ قرعته: يُسَلَّم إلَيْهِ، وإن كان الآخر خيراً له، إذا لم يَكُنْ هذا مقصِّراً عما فيه صَلاَحُهُ، سواءٌ كانا رجُلَيْنِ أو أمرَأَتَيْنِ، أو أحدُهُمَا أمرَأَةً؛ لأنَّ المرأَةَ تَكُونُ أَهْدَىٰ إلى الحضانةِ.

ولا يُتْرَكُ في أيديهما؛ لأنَّ أجتماعَهُمَا على حفظِهِ غَيْرُ مُمْكِنٍ، ولأنَّ الحضانة لا تَتبعَّضُ، ولا توضَعُ عَلَى المهايأةِ؛ لأنه إذا أَلِفَ أحدهُمَا يَشُقُّ عليه مُفَارَقَتُهُ، وتختلفُ عليه الأخلاَقُ والأغذيَةُ، فيتضرَّر به، ولا يُسَلَّم إلى ثالثٍ؛ لأن الحَقَّ ثَبَتَ لهما؛ فلا يُنْقَلُ إلَىٰ غيرهما، ولا يُخَيَّرُ الصبيُّ، وإنْ كانَ له سَبْعُ سِنِينَ، فأكثَرَ؛ بخلاف الصبيِّ في الحضانةِ؛ فإنهُ يخَيَّرُ بين الأبَوَيْنِ بعد سَبْعِ سنين.

وقيلَ: الأمُّ أَوْلَىٰ به؛ لأن أَمْرَهُ يَدُورُ على الشَّفقَةِ بالولادة والتربية، ويؤثِّر ذلك في مَيْلِ القلبِ، وهذا معدومٌ في اللقيطِ، ولَيْسَ كاللقطةِ: يَجِدُهَا رجلانِ حَيْثُ قُلْنَا: تُقَرُّ في أيديهما، فيعرِّفانها ويملِّكانها؛ لأن طَرِيقَها طريقُ الكَسْبِ وتملُّك المال؛ وذلك يتبعَّض بخلافِ الحضانةِ.

فإنْ ترك أحدُهُمَا حَقَّهُ ـ: فهل ينفردُ الآخَرُ به؟ فيه وجهان:

أحدُهُمَا: لاَ؛ بَلْ يُرْفَعُ إلى الحاكِمِ حتَّىٰ يُقِرَّهُ في يد الآخرِ؛ لأن الأَوَّلَ [أَثْبَتَ له تلك][1] الولايَةَ؛ فلا يَمْلِكُ بنَفْسِهِ نَقْلَهَا إلى غيره؛ كما لو أنْفَرَدَ بالتقاطِهِ: لا يملكُ دَفْعَهُ إلى غيره.

والثاني: وَهُوَ المذهب ـ: يَنْفَرِدُ به الآخَرُ؛ لأنَّ الحَقَّ ثَبَتَ لكلِّ وَاحِدٍ منهما؛ فإذَا تَرَكَ أحدُهُمَا حَقَّهُ كان للآخرِ كحَقِّ الشفعة، إذا تَرَكَ أَحَدُ الشفيعَيْنِ حَقَّهُ ـ: أخذهُ الآخَرُ كُلَّهُ.

فأمَّا إذا أختلف حَالُ الملتقطين؛ بأن كَانَ أحدُهُمَا عبداً أو فاسقاً ـ: فالحرُّ الأَمِينُ أَوْلَىٰ به، فَيُقَرُّ في يدِهِ، وإن كان أحدُهُمَا مُسْلِماً، والآخَرُ ذِمِّيًا؛ فإنْ كَانَ اللقيطُ محكوماً بإسلامِهِ ـ: فالمُسْلِمُ أَوْلَىٰ، وإن كان محكوماً بكفره ـ: فهما سواءٌ، وإن كان أحدُهُما قَرَوِيًّا، والآخَرُ بَدَوِيّاً ـ فكُلُّ موضِعٍ قلنا: لو أنفرد البَدَوِيُّ بالتقاطِهِ ـ لا يُتْرَكُ في يدِهِ ـ: فالقَرَوِيُّ أَوْلَىٰ به، وإن قُلْنَا: يُتْرَكُ في يده ـ: فهما سواءٌ، وإن كان أحدُهُمَا موسراً، والآخَرُ معسراً ـ: ففيه وجهان:

قال أبو إسْحَاقَ ـ رحمة الله عليه ـ: المُوسِرُ أَوْلَىٰ به؛ لأنَّه يكونُ في سَعَةٍ من النفقةِ.

والثاني: هُمَا سَوَاءٌ؛ لأنَّ نفقتَهُ لا تكونُ على المُلْتَقِطِ حَتَّىٰ يَنْفَعَهُ يَسَارُهُ.

---

(١) في د: ثبت له بذلك.

فَصْلٌ فِي جِنَايَةِ اللَّقِيطِ

وَالكَلَامُ فيه في فَصْلَيْنِ: في جنايته، وفي جنايةِ غَيْرِهِ عليه.

أما اللَّقِيطُ إذا جَنَىٰ ـ نظر:

إن جَنَىٰ خطأً ـ: تكونُ الديةُ في بَيْتِ المالِ؛ لأنَّه لا عاقِلَةَ له، ومالُهُ إذا مات مَصْروفٌ إِلَىٰ بيتِ المالِ إرثاً؛ فيكون أرشُ جنايتِهِ في بَيْتِ المالِ.

وإنْ جَنَىٰ عمداً: فإنْ كان بالغاً ـ فعليه القصاصُ، وإن عُفِيَ على الديةِ ـ: فالدية في مالِهِ، وإنْ كان مراهقاً ـ: فلا قصاصَ عَلَيْهِ، بل تَجِبُ الديَةُ، وفيه قولان:

أحدهما: عَمْدُهُ خطأٌ؛ بدليلِ أنه لا يَجِبُ عليه القصاص.

والثاني: عَمْدُهُ عَمْدٌ؛ لأنَّ القصد يتمُّ منه، وإن لم يَجِبِ القصاصُ؛ لِعَدَمِ التكليف.

فإنْ قلْنا: عمده خطأ ـ: فتكونُ الديةُ مُخَفَّفَةً في بيت المال، وإن قلْنا: عمده عمدٌ ـ: فتكونُ مغلَّظةً في مالِهِ، إن كان له مالٌ، وإن لم يكُنْ له مالٌ ـ: فتكونُ في ذمَّتِهِ إِلَىٰ أن يَجِدَ المَالَ.

أما إذا جُنِيَ عَلَى اللَّقِيطِ ـ نُظِرَ: إنْ قُتِلَ خَطَأً ـ: تؤخذ الدية مِنْ عاقلة القَاتِلِ؛ فتوضع في بَيْتِ المالِ، ولا تكونُ للملْتَقِطِ؛ لأن الولاءَ لا يثبُتُ لغير المُعْتِقِ، وإن قُتِلَ عمداً ـ فهل للسلطانِ ٱستيفاءُ القصاصِ؟ فيه قولان:

إنْ جعلْنَاهُ كالوَارِثِ المتعين[1] ـ: يستوفي القِصَاصَ؛ وإلاَّ يأخُذُ الدِّيَةَ، ويجعلُهَا في بَيْتِ المالِ، وإنْ جُنِيَ على طَرَفِهِ: فإن كان خطأً ـ: يَأْخُذُ وَلِيُّهُ الديَةَ، ويُنْفِقُ عليه، وإن كان عمداً: فإن كان اللقيطُ صغيراً عاقلاً ـ: فليْسَ لوليِّه أن يَقْتَصَّ، ولا أن يَعْفُو وإن كان اللقيطُ مُعْسِراً، [بل يُؤَخر][2] حتَّىٰ يبلُغَ، فيقتصُّ أو يَعْفُو، وإنْ كان اللقيطُ مجنوناً ـ نظر: إن كان مُوسِراً ـ: لا تُؤْخَذُ الديَّةُ، وينتظر إفاقته؛ كما ينتظر بُلُوغُ الصَّبِيِّ، وإنْ كان مُعْسِراً ـ: فللإمام أن يأْخُذَ الديَّةَ، ويُنْفِقَ عليه؛ لأنَّهُ ليس لإفاقته أوانٌ منتظر؛ بخلاف الصغيرِ العاقلِ: فإنَّ لبلوغِهِ أواناً منتظراً؛ فينتظر بلوغَهُ، فإذا عفا الإمامُ وأَخَذَ الديَّةَ، ثم أفاقَ الْمَجْنُونُ، ولم يَرْضَ به ـ: هَلْ له أن يَرُدَّ الديَّةَ ويقتصَّ؟ فيه وجهان:

ولو قَذَفَ اللقيطُ مُحْصَناً دُونَ البلوغ ـ: يجبُ عليه الحَدُّ، ولو قذفه رَجُلٌ بعد البلوغ ـ: يجب علَى القاذفِ الحَدُّ، ولو ٱختلفا أو قَذَفَ مجهولَ النَّسَبِ، فٱختلفا[3]: فقال القاذفُ: أَنْتَ

---

(١) في د: المعين.

(٢) سقط في د.

(٣) في د: واختلفا.

رقيقٌ، فقال: بَلْ أنا حرٌّ، أو جَنَىٰ عليه رجُلٌ، ثم ٱدَّعَىٰ الجانِي: أنه عَبْدٌ، وقال: بل أنا حُرٌّ ـ: فِفيه قولان:

أحدهما: القَوْل قوْلُ المقذوفِ، والمَجْنِيِّ عليه مع يمينه؛ لأنَّ الأَصْلَ مَنْ في دارِ الإسلامِ: على الحريَّة.

والثاني: القولُ قولُ القاذِفِ والجاني؛ لأنَّ الأصْلَ براءَةُ ذمَّته عن الحَدِّ والضمان، وَلاَ ولاءَ لأَحَدٍ على اللقيطِ؛ لأن النبيَّ ـ ﷺ ـ جَعَلَ الوَلاَءَ لِلْمُعْتِقِ، وَرُوي عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ ـ رَضِيَ الله عَنْهُ ـ أَنَّهُ جَعَلَ وَلاَءَ اللَّقِيطِ للمُلْتَقِطِ»[1].

فَصْلٌ: في التَّدَاعِي

وَفِيهِ ثَلاَثَةُ فُصُول:

أَحدُهَا: في دَعْوَى الالتقاطِ.

والثَّاني: فِي دَعْوَى النَّسَبِ.

والثَّالث: في دَعْوَى الرِّقِّ.

أما الأوَّل: إذا تنازَعَ رَجُلانِ في لَقِيطٍ، فقال كلُّ واحدٍ: أنَا ٱلْتَقَطْتُهُ ـ نظر: إن كان اللَّقِيطُ فِي يدِ أحدِهِمَا، والآخَرُ يَدَّعِي أنه غَصَبَهُ مني ـ: فالقولُ قَوْلُ مَنْ في يده مَعَ يمينه، وإنْ أقام الآخَرُ بيِّنَةً: أنَّهُ كان في يَدِي ٱنتزَعَهُ مِنِّي ـ: دُفِعَ إليه، وإن لم يَكُنْ في يدِ واحدٍ منهما ـ: فلا حُكْمَ لدعواهُمَا، بل الأَمْرُ فيه إلى الحَاكِمِ:ـ يَجْعَلُهُ في يَدِ ثِقَةٍ؛ إمَّا واحدٍ منهما أو غيرِهِمَا، وإنْ كان في أَيْدِيهِمَا جميعاً: فإن حَلَفَا أو نَكَلاَ أُقرع بينهما كما لو ٱلتقطا معاً.

وقيل: الحاكمُ يُقرُّهُ في يدِ أحَدِهِمَا، ولا يُسَلِّمه إلى ثَالِثٍ؛ لأنَّ لهما عليه يداً؛ فلا يبطلُ ذَلِكَ، ولا يَجُوزُ تقريرُهُ في أيدِيهِمَا جميعاً؛ لأنَّ فيه إضراراً باللقيطِ.

فإنْ حَلَفَ أحدُهُمَا ـ: كان عِنْدَ الحالف.

وإنْ أقاما أحدُهُمَا بيِّنَتَيْنِ ـ: فبيِّنَةُ ذِي اليَدِ أولَىٰ، فإنْ لم يكُنْ في يدِ واحدٍ منهما، وكان في أيدِيهِمَا ـ نظر: إن كانَتِ البيِّنَتَانِ مطلَقَتَيْنِ أو مُؤَرَّخَتَيْنِ بتاريخٍ واحدٍ، أو إحداهُمَا مطلقة، والأخرى مؤرَّخة ـ: فهما متعارضتان.

فإن قلنا: تسقطان ـ: فهو كما لو لَمْ تَكُنْ لواحدٍ بيِّنَةٌ.

وإن قلنا: تستعملان ـ: فلا يأتي قولُ القِسْمَة، ولا الوَقْف، ويأتي قَوْلُ القُرْعَة؛ فيقرَعُ

---

(١) أخرجه مالك (٢/١١٨) والشافعي (١٣٦٨).

بينهما، ويسلم إِلَىٰ مَنْ خَرَجَتْ له القرعَةُ، وإن كانت البيِّنتَانِ مُؤرَّختَيْنِ بتاريخَيْنِ مختلفَيْنِ بأنْ أقام أحدهما بينة أنه ٱلْتقطَهُ منذ شهْرٍ، والآخَرُ أقامَ بيِّنةً أَنَّهُ ٱلْتقطَهُ منذ عشرةِ أيامٍ ـ: يحكَمُ لِمَنْ سَبَقَ تاريخُهُ؛ بخلافِ المالِ: لا يُحْكَمُ فيه بسَبْقِ التاريخِ، علَىٰ أصَحِّ القولين؛ لأنَّ مبنَىٰ أَمْر المال على التَنقُّل، فإذا ٱستَوَيَا في المِلْكِ والمالِ ـ: لا يرجَّحُ بالسَّبْق، والحضانةُ في أَمْر الملتقطِ ليسَتْ على التنقُّل، بل إذا ثَبَتَ لواحدٍ ـ: لا تنقل إِلَىٰ غيره إلاَّ بحُكْمِ حاكمٍ، فكان السابق أولَىٰ؛ وكذلك: لو أَقامَ مَنْ في يده البيِّنةُ، وأقام الآخر بَيِّنةً؛ أنَّهُ كان في يَدِي ٱنتزعه مِنِّي ـ: تقدَّم بيِّنة مَنْ يدعي ٱلانتزاع[١].

فصل في دعوى النسب

أما دَعْوَى النَّسَبِ؛ إذا ٱدَّعَىٰ حُرٌّ مُسْلِمٌ نَسَبَ اللقيطِ ـ: يُلْحَقُ به سواءٌ ٱدعاهُ الملتقِطُ أو غيرُهُ، سواءٌ كان المُدَّعِي من ذلك البَلَدِ أو غَرِيباً؛ حَتَّى لو ٱدَّعَىٰ عربيٌّ نَسَبَ لقيطٍ في دِيَارِ العَجَم، أو رُومِيٌّ ٱدعَىٰ نَسَبَ لَقِيطٍ في ديار الهِنْدِ ـ: يلحق به، ثمَّ إن ٱدعاه غَيْرُ الملتقِطِ يؤخذ من اللقيط، ويُسَلَّم إليه؛ لأنَّ الوالد أَحَقُّ بكفالةِ الولد مِنْ غيره.

ولَوِ ٱدَّعَىٰ رجلانِ نَسَبَهُ ـ: يُرَى القَائِفَ: فبأيهما ألحقه ـ: دَفَعَهُ إليه، ولا يرجَّح باليدِ وٱلالتقاطِ؛ لأن اليد لا تَدُلُّ على النَّسَبِ.

ولو ٱدعاه الملتقِطُ، ثم جاء آخر وادَّعاه ـ: يُرَىٰ مع الثاني القائِف، فإنْ نفاه عنْهُ ـ: فهو للأوَّل، وإن ألحقه بالثَّاني ـ: يُرَىٰ مع الملتقط، فإنْ نفاه عنه ـ: كان للثاني، وإن ألحقه بِهِمَا، أو لم يلحق بواحِدٍ منهما، أو لم يَكُنْ قائفٌ ـ: يتركُ حتَّىٰ يبلغ اللقيطُ فينتسب إِلَىٰ مَنْ يميلُ طبعه إليه؛ فيلحق به، ولا حُكْمَ للانتسابِ قبل البلوغ، وعليهما نفقتُهُ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ يقُولُ: أنا أبوه، فإذا بَلَغَ وٱنتسَبَ إِلَىٰ أحدهما ـ: رَجَعَ الآخَرُ عَلَيْهِ بِمَا أنفقه، فإن ٱنتسب إِلَىٰ أحدهما، ثم وُجِدَ القائفُ ـ: يُرَى القائفَ: فإن ألحقه القَائِفُ بالآخَر ـ: يقدَّمُ قَوْلُ القائفِ؛ لأنَّه بمنزلة الحاكم وٱلانتسابُ نوعُ تَشَهٍّ فإنْ ألحقه القائفُ بأحَدِهِما، ثم أقام الآخَرُ بيِّنةً ـ: يلحَقُ بمن أقامَ البيِّنة؛ لأنَّ البيِّنَةَ حُجَّةٌ والقيافَةَ ظَنٌّ، فلو ٱنتسب إِلَىٰ أحدِهِمَا عنْدَ عَدَمِ القائِفِ، ثم رجع إلى الثانِي ـ: لا يقبل.

وكذلك: لَوْ ألحقَهُ القائفُ بأحَدِهِما، ثم رَجعَ، وألحقه بالآخر ـ: لا يُنْقَلُ إليه؛ لأنَّ ٱلاجتهادَ لا يُنْقَضُ بالاجتهاد.

وإنْ أقام كلُّ واحد بيِّنَةً ـ: يسقطان، ولا يأتي قولُ ٱستعمالِ البيِّنتَيْنِ ههنا؛ لأنَّ قِسْمَةَ الولدِ لا تمكنُ؛ وفي الوقْفِ إضرارٌ، ولا مَدْخَلَ للقرعة في النَّسَب.

---

(١) في د: فإن.

ولو ٱدَّعَىٰ نَسَبَهُ كافرٌ ـ: يلحق به، ولو تنازَعَ في نسبه مسلمٌ وذمِّيٌّ ـ: يُرَى القائفَ، فإنْ أقاما بيِّنَتَيْنِ ـ: لا ترجَّح بينةُ المسلمِ، ثم إذا ٱلْحَقْنَاهُ بالكافرِ نَسَباً ـ: فهل يلحق به دِيناً؟ قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ أحْبَبْتُ أَنْ أجعله مُسْلماً في الصلاةِ عَلَيْهِ، وأنْ آمُرَهُ بالإسلام، إذا أبلغ بغَيْرِ إجْبارٍ؛ فهذا يدلُّ علَىٰ أنه لم يحكَمْ بإسلامه، وقال في «كتاب الدعوى»: نجعلُهُ مسلماً: اختلَفَ أصحابنا فيه.

قال أبو إسْحَاقَ ـ: رحمه الله ـ هو الأصَحُّ ـ: المسألةُ على ٱخْتِلاَفِ الحَالَيْنِ: فإن أقامَ الكافرُ بيِّنَةً ـ: أُلْحِقَ به نَسَباً ودِيناً؛ لأنَّهُ ثَبَتَ بالبينة أنَّهُ وُلِدَ على فِرَاشِهِ، والمولودُ علَىٰ فراشِ الكَافِرِ: يكونُ كافراً، وإن لم يُقِمْ بينةً ـ: يلحَقُ نسباً، ولا يُلْحَقُ به دِيناً؛ لأنَّه محكومٌ بإسْلامه بظاهرِ الدَّارِ ـ: فلا يبطلُ ذلكَ بدَعْوَى الكافرِ.

ومنهم مَنْ قال: إنْ أقام بيِّنَةً ـ: يُلْحَقُ به نَسَباً ودِيناً، وإنْ لم يُقِمْ ـ: فعلى قولَيْنِ.

والأولُ أصَحُّ:

فحيث قلْنَا: يلْحَق به دِيناً ـ: يستحبُّ أن يسلَّم إلى مُسْلِمٍ ٱحتياطاً.

وإذا عقل الصَّبِيُّ، وكان يصفُ الإسْلام قَبْلَ بلوغِهِ ـ: يمنَعُ الذِّمِّيُّ مِنْ أن يدعوه إلَىٰ دِينِهِ، فإن بَلَغَ وٱمتنع مِنَ الإسْلاَمِ ـ: يخوِّفه رجَاءَ أَنْ يسلم، فإن لم يَفْعَلْ، وأصَرَّ على الكُفْرِ ـ: لا يجعله مُرْتَدّاً؛ لأنَّ إسلامه في حَالِ الصِّغَر غَيْرُ صحيحٍ.

ولو ٱدعَىٰ نَسَبَ اللقيطِ عَبْدٌ أو مُعْتَقٌ ـ: المذهَبُ: أنه يُلْحَقُ به؛ لأنَّ ما ثبت به النَّسَبُ في حَقِّ الحُرِّ ـ: ثبت في حَقِّ العبد؛ كالنِّكَاحِ ووطء الشبهة.

وفيه قولٌ آخَرُ: أنَّه لا دعوةَ للعَبْدِ؛ لأن فيه إضراراً بالسَّيِّد، وهو قَطْعُ الميراثِ عنه بسَبَبِ الوَلاءِ في حَقِّ العتق، وفي حَقِّ العبد، لـو أعتقه.

ولو[1] ٱدعاه حُرٌّ وعبد، فإن قُلْنَا: لا دعوةَ للعَبْدِ ـ: يلحق بالحُرِّ، وإنْ قُلْنا: له دعوةٌ ـ: فهما سواءٌ؛ يرى القائفَ.

ولو أقاما بيِّنتين ـ: لا ترجَّح بيِّنةُ الحُرِّ على بيِّنة العَبْدِ، بل حُكْمُهُ حُكْمُ الحُرَّيْنِ إذا أقاما البيِّنَةَ: لا يختلفُ القَوْلُ فيه، وإذا ألحقناه بِالعَبْدِ ـ: لا نجعله رقيقاً؛ [لأنَّ أمْرَ الرِّقِّ لا يَدُورُ][1] على الأبِ.

ولو ٱدَّعَتِ ٱمرأةٌ نَسَبَ اللَّقِيطِ أو نَسَبَ مجهولٍ ـ: ففيه ثلاثةُ أوْجُهٍ:

---

(١) في د: لا أمر الرق لا يدوم.

أحدُهَا: يُقْبَلُ؛ كالرَّجُلِ.

والثاني: لا يُقْبَلُ؛ وهو ظاهرُ النَّصِّ إلاَّ ببينةٍ تقيمُهَا؛ لأنَّهُ يُمْكِنُهَا إقامَةُ البيِّنَةِ علَى خروجِ الولَدِ منها؛ بخلاف الرجلِ؛ فإنه لا يمكنُهُ إقامَةُ البيِّنة على ولادتِهِ مِنْ طريقِ المشاهدةِ.

والثَّالثُ: إنْ كانَتْ ذَاتَ زوجٍ ـ: لا يُقْبَلُ؛ لأنَّ إقرارَهَا يتضمَّن إلحاقَ النَّسَبِ بالزوجِ، وإن لم تَكُنْ ذاتَ زوجٍ ـ: يُقبَلُ، فإِنْ قلنا: يُقْبَلُ، وكان لها زوجٌ ـ: فهل يلحق بالزَّوْجِ؟ فيه وجهان:

أحدُهُمَا: يُلْحَقُ إلاَّ أنْ ينفيَهُ باللِّعانِ.

والثاني: لا يُلْحَقُ به ما لَمْ يُقِرَّ، كما لو أَتَتْ بولدٍ، فقالَتْ: وَلَدتُهُ، وقال الزَّوْجُ: بل ٱلْتَقَطْتِهِ ـ: لا يلحَقُ به، والقوْلُ قولُهُ مع يمينه في نَفْيِهِ عن نفسه.

أما إذا أقامَتِ المرأةُ بيِّنةً عليه ـ: يلحَقُ بها وبالزَّوْجِ إلا أنْ ينفيَهُ باللعانِ.

ولو ٱدَّعتْهُ ٱمرأتانِ، ولا بينة لواحدةٍ منهما؛ إن قلنا: لا دعْوَةَ للمرأةِ ـ: فدعواهُمَا ساقطةٌ، وإنْ قُلْنَا: لهما دعوةٌ ـ: إذا لم تكُنْ ذاتَ زوجٍ: فإن كانَتْ إحداهما ذاتَ زَوجٍ: ألحق بالأخرى، وإن ٱستويا، أو أقامَتَا بيِّنتَيْن ـ: فهل يرى الوَلَدُ معهما للقائف؟ فيه وجهان:

أحدُهُما: يلي؛ كما في حَقِّ الرجلَيْنِ.

والثَّاني: لا يُحْكَمُ بقولِ القائفِ في نَسَبِ المرأةِ؛ لأنه يمكنها[1] إقامَةُ البينة على حُصُولِ الولدِ منها؛ فلا مَعْنَىٰ للرجوعِ إلى القيافةِ[2] والظَّنِّ:

فإنْ قلنا: يُحْكَمُ بقَوْلِ القائف؛ فإذا ٱلحقَهُ القائفُ بأحدهما ـ: يلحق زَوْجُهَا إلاَّ أن ينفيَهُ باللِّعَانِ، وإذا ٱدَّعَتْ أمةٌ نسبَهُ: فهي كالحُرَّة، إذا قلنا: للعبْد دعوةٌ، فإذا حَكَمْنا بالنسبِ ـ: هل يحكَمُ بالرِّقِّ لمولاها.

قال الشيخُ ـ رحمه الله ـ فيه وجهانِ؛ كما لو شَهِدَ الشهودُ: أنه ولد أمته ـ: فكلُّ موضع حكَمْنَا بثبوتِ نسبِ اللقيطِ مِنْ رَجُلٍ بدعواه، وكان اللقيطُ صغيراً أو مجنوناً، فبلغ أو أفاق، وأنكرَ نسبه ـ: هل يقبَلُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يُقْبَلُ؛ لأنَّا حَكَمْنَا بثبوتِ نسبِهِ؛ فلا يبطل.

والثَّاني: يُقْبَلُ؛ لأنَّا حكمنا به حِينَ لم يكُنْ له قولٌ، والآنَ: صَارَ مِنْ أهْلِ القولِ، فيقبَلُ قولُهُ؛ كما لو ٱدَّعَىٰ نسَبَ بالغٍ، فأنكر ـ: لا يثبُتُ.

---

(١) في د: يمكنهما.

(٢) في ظـ: القائف.

أما الكَلَامُ في دَعْوَىٰ الرِّقِّ.

إذا ٱدَّعَىٰ رجلٌ رِقَّ اللقيطِ؛ سواءٌ ٱدعاه الملتقطُ أو غيره ـ: لا يقبلُ إلا بِبَيِّنَةٍ؛ لأنَّ أصْلَ الناسِ على الحريَّة؛ بخلاف ما لو كَانَ في يدِ إنسانٍ صغيرٍ، لم يُرَ حدوثُ يَدِهِ عليه، يَدَّعِي رِقَّهُ ـ: يحكَمُ له بالرِّقِّ؛ لأن الأصْلَ أنَّ ما في يده ملكُهُ؛ فلو شهد الشهودُ: أنه كان في يَدِهِ قَبْلَ ٱلتقاطِ الملتقِطِ ـ: يقبَلُ، ثم إذا ٱدعى المشهودُ له باليَدِ رقَّهُ ـ: يقبل؛ لأنا لم نَرَ حُدُوثَ يده عليه.

قال الشيخُ ـ رحمه الله ـ: وكذلِكَ: لو أقَامَ الملتقطُ البيِّنَةَ أنَّهُ كان في يَدِهِ قَبْلَ ٱلالتقاطِ، ثم ٱدعى رقَّهُ ـ: يقبَلُ، فلو أقام مَنْ يدعي رِقَّ اللقيط بيِّنةً شهدَتْ أنَّه ملكُهُ وَلَدَتْهُ أَمَتُهُ، أو شهدَتْ أنَّه ولدَتْهُ أَمَتُهُ في مِلْكِهِ ـ: حُكِمَ له بالمِلْك، ولو شهدَتْ أنه وَلَدَتْهُ أَمَتُهُ ـ: ففيه قولان:

أحدُهُما: يُحْكَمُ له بِالْمِلْكِ؛ لأن الظاهرَ أنَّهُ ولد أمتهُ في ملكه.

والثَّاني: لا يُحْكَمُ؛ لأنَّها قد تَلِدُ في مِلْكِ الغَيْرِ، ثم يشتري هو الأُمَّ دون الولد، ويُقْبَلُ فيه شهادَةُ رَجُلٍ وٱمرأتين؛ لأنَّهُ شهادَةٌ على ملك اليمينِ، فلو شَهِدَ أربَعُ نسْوةٍ علَىٰ أنه ولدَتْهُ أَمَتُهُ، وقلنا: بالشهادة عَلَىٰ ولادةِ الأمةِ مِنْ غيرِ أنْ يتعرَّضَ ـ لِلْمِلْكِ ـ: يثبت الملك ـ: فههنا: تثبُتُ الولادةُ بشهَادتهِنَّ، ويثبت الملك في ضِمْنِهِ؛ كما لو شهدت على الولادةِ: يثبت النسَبُ في ضمنه؛ ولو شهدَتْ على أنه مِلْكُهُ، ولدَتْهُ أَمتُهُ ـ: ذكر شيخي ـ رحمه الله ـ أنه يثبُتُ، وذِكْرُ الملك لا يمنَعُ قبولَ الشهادةِ على الولادةِ، ثُمَّ المِلْكُ يثبت ضمناً، وإن كان المِلْكُ لا يثبُتُ بشهادتِهِنَّ صريحاً، ولو شهد الشُّهُودُ للملتقط: أنَّ اللقيطَ عبده أو ملكه، ولم يتعرَّضوا للولادةِ ـ نُظِرَ:

إنْ بَيَّنُوا سَبَبَ المِلْكِ، فقالوا: وَرِثَهُ أو ٱشتَرَاهُ أو ٱتَّهَبَهُ يُقْبَلُ، وإنْ أطلقوا ـ: ففيه قولان:

أحدهما: يُقْبَلُ؛ كما لو شهدوا له بِمِلْكِ مالٍ آخر: يُقْبَلُ، فإن لم يُبَيِّنُوا سببه.

والثاني: وهو الأصحُّ ـ: لا يقبَلُ؛ لأنَّهم قَدْ يشهَدُونَ له بثبوتِ يَدِهِ عليه بٱلالتقاط، ويَدُ ٱلالتقاطِ لا يَدُلُّ على الملكِ، ولو كان المُدَّعِي غيْرَ المُلْتَقِطِ، فأنكَرَ الملتقطُ، وحلف أنه مِلْكُهُ ـ: هل يحكمُ لَهُ بالملْكِ باليمين مع اليَدِ ـ فعلى قولَيْنِ:

فَإِنْ كان في يَدِ إنسانٍ صبيٌّ، لم يُرَ حدوثُ يده عليه، يَدَّعي رِقَّهُ ـ يحكَمُ له بالمِلْكِ؛ سواء كان الصبيُّ طفلاً أو مراهقاً، يُقِرُّ بالرِّقِّ أو يُنْكِرُ؛ لأنَّه لا حكم لقولِهِ، فلو بلغ الصبيُّ وأقَرَّ بالرقِّ لغَيْرِ من في يده ـ: لا يُقْبَلُ، وإن ٱدعَىٰ أنه حُرٌّ ـ: هل يُقْبَلُ؟ فيه وجهان[1]:

أصحهما: لا يُقْبَلُ؛ لأنا حكمنا برقِّهِ في الصغرِ؛ فلا يبطُلُ؛ غيْرَ أنَّ له تحليفَ السَّيِّدِ.

---

(١) في أ: قولان.

والثاني: يُقْبَلُ قولُهُ إلاَّ أن يُقِيمَ السَّيِّدُ البينَةَ على رقِّهِ؛ لأنَّا حكمنا بِرِقِّهِ حِينَ لم يكُنْ له قولٌ، فإذا صَارَ مِنْ أَهْلِ القول ـ: كان القَولُ قولَهُ؛ كما لو ٱدَّعَىٰ رِقَّ بالغٍ ـ: لا يقبَلُ إلاَّ ببينةٍ أو بإقرارٍ من المدَّعَىٰ عليه.

نظيرُهُ: ما ذكرنا فيما لَوِ ٱدَّعىٰ نسَبَ صغيرٍ، وحكَمْنَا به، فبلَغَ، وأنْكرَ ـ فهل يُقْبَلُ؟ فيه وجهان:

وأصلُهُ الصبيُّ الذي حكَمْنَا بإسْلامِهِ تبعاً لأحدِ أبَوَيْهِ أو للسَّابي، فبلغ وأعْرَبَ عَنِ الكُفْرِ ـ: هل يجعلُ مُرْتَداً أم[١] يكُونُ كافراً أصليًّا؟ فيه قولان.

وقيل: إذا كان الصبيُّ[٢] مراهقاً ينكر الرقَّ: فإذا بَلَغَ وادعَىٰ أنه حُرٌّ ـ: يقبَلُ وجهاً واحداً.

والصحيحُ: أنه كالطِّفْلِ.

وإذا ٱدَّعَىٰ نكاحَ صغيرةٍ[٣] في يدِهِ:

قال ٱبْنُ الحَدَّادِ: يُقْبَلُ؛ كالرِّقِّ.

وقال غيره: لا يُقْبَلُ؛ بخلافِ الرِّقِّ؛ لأنَّ هناك يدعي ملكَ رقبتِهِ، ويَدُهُ عليها ثابتة وفي النكاحِ: [يَدَّعي][٤] ملكَ نصفِهَا، واليَدُ لا تثبُتُ على مَنْفَعةِ البُضْعِ.

فَصْلٌ في إِقْرَارِ اللَّقِيطِ بِالرِّقِّ

لا خِلاَفَ أَنَّ اللقيط، إذا قَامَتْ بيِّنةٌ على رَقِّه ـ: يحكَمُ به، وَتُنْقَضُ جَمِيعُ تصرُّفاته، ويستردُّ ما أُعْطِيَ من الميراثِ والزكاةِ[٥] وما أُنْفِقَ عليه مِنْ بَيْتِ المالِ، أو أُعْطِيَ في جنايته[٦]، وتُبَاعُ رقبتُهُ في جميعها، إلاَّ أن يَفْدِيَهُ المَوْلَىٰ.

ولو بَلَغَ اللقيطُ، فبَاعَ وٱشتَرىٰ، وتصرَّف، ونكَحَ عَلَىٰ حُكْمِ الأحرارِ، ثم أقَرَّ على نفسِهِ بالرِّقِّ لإنسانٍ ـ نظر:

إن كَانَ قَدْ تقدَّم مِنْهُ إقرارٌ بالحريَّة ـ: لا يقبَلُ إقرارُهُ بالرِّقِّ؛ لأنَّهُ لزمه أحكامُ الأحرارِ بالإقرارِ السابقِ في العباداتِ والمعاملاتِ؛ فلا يقبل إقراره فِي إسْقَاطها، وإن لم[٧] يتقدَّمْ منه

---

(١) في د: أو.
(٢) في أ: الصغير.
(٣) في د: صغير.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: والزكوات.
(٦) في أ: حياته.
(٧) سقط في د.

إقْرارٌ بالحريَّةِ ـ لا يخلُو: [إمَّا إنْ صدَّقه][1] المقرُّ له أو كذَّبه[2]؛ فإنْ صدَّقه، أو ادعى المدَّعي ابْتداءَ رِقَّهُ، وصدَّقَهُ اللقيطُ ـ: قال الشافعيُّ ـ رحمه الله ـ: أَلْزَمْتُهُ ما لزمَهُ قَبْلَ إقرارِهِ، وفي إلزامِهِ الرقِّ قولانِ، اختلف أصحابُنَا فيه علَى طريقين:

فمنهم مَنْ قال: في أَصْلِ قَبُولِ إقرارِهِ قولانِ:

أحدهما: لا يُقْبَلُ إقرارُهُ؛ لأنَّه محكُومٌ بحرِّيَّته بظاهرِ الدارِ، وقد لزمَتْهُ حقوقٌ؛ فهو بإقراره يريدُ إسْقَاطَهَا عن نفسِهِ؛ فلا يقبَلُ، كما لو أقرَّ بالرِّقِّ بَعْدَما أقَرَّ بالحرية علَىٰ نفسِهِ: لا يقبلُ بالاتفاقِ.

والثاني: يُقْبَلُ؛ لأنا حكمنا بحريَّتِهِ مِنْ حيثُ الظاهرُ؛ فيجوزُ أَنْ يتغيَّر حكْمُهُ بالإقرارِ؛ كمن حكمنا بإسْلامِهِ تبعاً للدارِ، ثم بَلَغَ وأعْرَبَ عن الكفرِ ـ: كان كافراً أصليًّا؛ على الأَصَحِّ؛ فهو كما لو قامَتْ بَيِّنَةٌ على رِقِّهِ: يحكَمُ بِرِقِّهِ، وتبطل[3] تصرفاته.

ومنْ أصحابنا مَنْ قال ـ وهو الأصح ـ: يُقْبَلُ إقرارُهُ بالرِّقِّ قولاً واحداً، ويكونُ حكْمُهُ في المستقبلِ حُكْمَ الأرِقَّاء، وهلْ يُقْبَلُ فيما [ضرَّ غيره من الأصْلِ فيما][4] له وعليه، وتَبْطُلُ جميعُ تصرُّفاته أَمْ يُقْبَلُ فيما ضَرَّهُ، ولا يُقْبَلُ فيما ضرَّ غيره؟ فيه قولان:

وقوله: «وفي إلزامِهِ الرِّقِّ قولانِ» أراد: في إلزامِهِ أحكامَ الرِّقِّ قولان:

أحدهما: يُقْبَلُ إقرارُهُ في الكُلِّ؛ كما لو قَامَتْ بينةٌ على رِقِّهِ؛ لأنَّ التُّهَمَةَ قد انْتفَتْ عَنْ إقرارِهِ؛ فإنَّ الغالبَ: الإنسانُ لا يُرِقُّ نفسَهُ لضَرَرٍ يلحقُ الغَيْرَ؛ كالعبد: إذا أَقَرَّ علَىٰ نفْسِهِ بالقصاصِ يقبل، وإن كان في إقرارِهِ إبطالُ حقِّ المولَىٰ.

والقَوْلُ الثَّاني: يُقْبَلُ إقرارُهُ فيما ضَرَّهُ، ولا يقبل فيما ضَرَّ الغَيْرَ، وهو الأَصَحُّ؛ كما لو أقَرَّ بمالٍ عليه وعلَىٰ غيره، يُقْبَلُ إقرارُهُ فيما عَلَيْهِ، ولا يُقْبَلُ فيما عَلَىٰ غيره.

وبَيَانُ التفريع على القولَين: إنْ قلْنَا [على القَوْلِ][5] الأَوَّلِ: إنَّهُ يقبلُ إقْرَارُهُ من الأصلِ فيما لَهُ وعلَيْه، فإن كان قَدْ باع شيئاً ـ: فبيعه باطلٌ، وإنْ كان المَبِيعُ قائماً في يدِ المشتري ـ: أَخَذَهُ المُقَرُّ له، وإنْ كَانَ هالكاً ـ: أَخَذَ قيمته، وإنْ كان العَبْدُ قد أَخَذَ الثَّمَنَ، وهَلَكَ في يدِهِ ـ: يكُونُ في ذِمَّتِهِ إِلَىٰ أَنْ يَعْتِقَ، وإن كان قَدِ اشْتَرَىٰ شيئاً ـ: فشراؤُهُ باطلٌ، فإن كان ما اشْتَرَىٰ قائماً ـ: رَدَّهُ إلى بائِعِهِ، وإن كان هالكاً ـ: يستردُّ الثمن من البائع، وقيمةُ المبيع في ذِمَّةِ العَبْدِ للبائِعِ إِلَىٰ أن يَعْتِقَ، ولا يعطي مِمَّا في يده، وإنْ كان قَدْ نَكَحَ ـ: فنكاحُهُ فاسدٌ؛ لأنَّه نكح بغَيْر إذنِ

---

(١) في د: إما أن يصدقه.

(٢) في د: يكذبه.

(٣) في أ: ويبطلان.

(٤) سقط في د.

(٥) في د: بالقول.

المولَىٰ[1]، وإن لم يَكُنْ قد دَخَلَ بها ــ: لا شيء علَيْه، وإن كان قَدْ دَخَلَ بها ــ: فيجبُ مَهْرُ المثل، ويتعلَّق بذمَّته حتَّىٰ يعتق؛ على أصحِّ القولَيْن؛ كالعَبْدِ: إذا نكح نكاحاً فاسداً، فوطيء، وإن كانَتْ جاريَة، فزوَّجها الحاكمُ ــ: فالنكاحُ فاسدٌ؛ لأنها نكحت بغَيْر إذْنِ مولاها، فإنْ كان قَبْلَ الدخولِ ــ: لا شيء على الزَّوْجِ، وإنْ كان بعد الدخُول ــ: فعليه مَهْرُ المثلِ للمُقَرِّ له، سواءٌ كان قد سَاقَ إليها المَهْرَ أو لم يَسُقْ، ثم إنْ كان قَدْ سَاقَ إليها ــ: يستردُّ، إن كان قائماً، وإنْ كان تالفاً ــ: فيرجع عليها بَعْدَ العتْقِ، وأولادُهُ منها أحرارٌ، وعليه قيمتُهُمْ لِلْمُقَرِّ له، ثم يرجع عليها بقيمة الوَلَدِ بعد العِتْقِ، وهل يرجعُ بالمَهْرِ؟ فيه قولان، ويجبُ عليها أَنْ تعتدَّ بقَرِينٍ؛ لأنها جاريةٌ موطوءة بشُبْهَةِ النكاحِ.

هذا تفريعٌ علَىٰ قولنا: أَنَّ إقرارَهُ مقبولٌ فيما له وعَلَيْه.

فأما إذا قلْنا: إنَّه يقبلُ إقرارُهُ فيما ضَرَّهُ، ولا يُقْبَلُ فيما ضَرَّ غيره[2]: فإن كان قَدْ باع شيئاً ــ: لا يبطُلُ البَيْع؛ لتعلُّق حَقِّ المشتري به، ثم المشتري: إنْ لم يَكُنْ دفع الثمن ــ: دفعه إلى المُقَرِّ له، وإنْ كان قَدْ دَفَعَ إلى العَبْدِ ــ: لا شيء عليه؛ لأن إقراره غَيْرُ مقبولٍ فيما ضَرَّ الغير، وإن كان قد اشترى شيئاً، ودفع الثَّمَنَ ــ: فقد تَمَّ البَيْعُ، وإن لم يكُنْ دفع الثمن: فإنْ كَانَ في يدِهِ مَالٌ حالة الإقْرَارِ ــ: دفع الثمن منه، والفَضْلُ يكُونُ لسَيِّده، وإن لم يَكُنْ في يده مَالٌ ــ: فهو كإفلاسِ المشتري، فإنْ كَانَ المبيعُ قائماً ــ: للبائِعِ أن يَفْسَخَ البيع، [ويستردّ المَبِيع][3] إن شاء، وإنْ شاء أجاز.

قال الشيخُ ــ رحمه الله ــ: ويُبَاعُ المَبِيعُ في حَقِّهِ، وإن كان المبيعُ هالكاً ــ: فالثمنُ في ذِمَّتِهِ، حتَّىٰ يَعْتِقَ؛ كما لو أفلس المشتَرِي بالثَّمَنِ بَعْدَ هلاكِ المَبِيع: يكونُ الثمَنُ في ذِمَّتِهِ حتَّىٰ يُوسِرَ، وإن كان قد نَكَحَ ــ: يُحْكَمُ بانفساخِ النكاحِ؛ لأنَّ ضَرَرَهُ يعودُ إليه، ثم إنْ كان قبل الدخول ــ: يجبُ عليه نصْفُ المُسَمَّىٰ، وإنْ كان بعد الدُّخُولِ ــ: فجميعُ المسمَّىٰ؛ لأن قوله لا يُقْبَلُ في إسْقاطِ حقِّها، ويؤدِّي مِنْ مالٍ أو كسبٍ، إن كان له؛ وإلاَّ فحتَّىٰ يَعْتِقَ، وإنْ كانَتْ جاريةٌ، فزوَّجها الحاكمُ ــ: لا يحكَمُ بانفساخِ النكاحِ؛ لأنَّ فيه إضراراً بالزَّوْجِ، وللزوْجِ الخيارُ بَيْنَ فَسْخِ النكاحِ وإجازتِهِ؛ فإن فسخ النكاحَ ــ: فلا مَهْرَ عليه، إن كان قَبْلَ الدخولِ، وإن كان بعد الدُّخُولِ ــ: يجبُ عليه أَقَلُّ الأمرَيْنِ من مَهْرِ المثلِ أو المسمَّىٰ؛ لأنَّ المسمَّىٰ إن كان أَقَلَّ ــ: لا يُقْبَلُ إقرارُهَا في الزيادةِ عليه؛ لأنه يتضَرَّرُ به الزَّوْج.

وإنْ كان مَهْرُ المثل أَقَلَّ ــ: فإقرارُهَا بالنقصانِ عَن المسمَّىٰ مقبولٌ؛ لأنَّه يضرُّها.

---

(١) في د: الولي.

(٢) في ظـ: الغير، وفي أ: بغيره.

(٣) في د: ويسترد الثمن.

وإنْ كان قد دَفَعَ الصَّدَاقَ إليها ـ: لا يجبُ عليه ثانياً، ولو أجاز العقْد ـ: فعليه المسمَّىٰ، فإن طلَّقها بعد الإجازةِ وقَبْلَ الدخولِ عليه ـ: عليه نصْفُ المسمَّىٰ.

وإن كان قد سَاقَ إليها ـ: لا يجبُ عليه ثانياً، والأولادُ الذين حَصَلُوا قَبْلَ الإقرارِ أحْرَارٌ، ولا يجبُ على الزَّوْجِ قيمتُهُمْ؛ لأنَّ قولَهَا غَيْرُ مقبولٍ فيما يضرُّ الغَيْرَ.

وإنْ أجاز العَقْدَ ـ: فما حَصَلَ بَعْدَهُمْ مِنَ الأولاد أرقاء للمُقَرِّ له؛ لأنَّه يطؤها علَىٰ عِلْمِ أنَّها أمَةٌ، وهو الذي جَلَبَ هذا الضَّرَرَ إلى نفسِهِ بأختيارِ المقامِ معها.

وإذا طلَّقها الزوْجُ بَعْدَ الإقرارِ ـ: يجبُ عَلَيْهَا أنْ تعتدَّ بثلاثةِ أقراءٍ، ويجوزُ له الرَّجْعَةُ في جَمِيعها، وإنْ مَاتَ عنها ـ: فعليها عِدَّةُ أَمَةٍ ـ: شهرانِ وخَمْسُ ليالٍ.

والفَرْقُ: أن عِدَّةَ الطلاقِ حَقُّ الزَّوْجِ؛ تجبُ لصيانةِ مائِهِ؛ بدليلِ أنه لا يجبُ قبل الدخولِ؛ فلا يقبل إقرارُهَا في إسْقَاطِ حَقِّ الزوْجِ، وعِدَّةُ الوفاةِ حَقُّ الله تعالَىٰ؛ ألا تَرَىٰ أنَّها تجبُ قبل الدخولِ، وإقْرَارُ اللقيطِ مقبولٌ فيما يُسْقِطُ حقوقَ الله تعالَىٰ مِنَ العباداتِ؛ فَقُبِلَ قولُهَا في نقصانِ عِدَّةِ الوفاةِ؛ لأنَّ ضرره لا يعودُ إلى الغَيْرِ.

قال الشيخُ ـ رحمه الله ـ: وكذلِكَ: لو أقرَّتْ بالرِّقِّ في خلالِ عِدَّةِ الطلاقِ: تَكمل عدَّةُ الحرائر، وفي خلالِ عدَّةِ الوفاةِ: تقتصر علَىٰ عِدَّةِ الإماء.

وجنايةُ هذا الشخصِ بعد الإقرارِ بالرِّقِّ: كجناية العبيد، سواءٌ جنى هو أو جُنِيَ عليه.

أمَّا الجنايةُ قَبْلَ الإقرارِ ـ نظر؛ إن جنى هو ـ علىٰ إنسانٍ عمداً، ثم أقَرَّ بالرِّقِّ ـ: يجبُ عليه القِصاصُ، سواءٌ كان المجنيُّ عليه حُرّاً أو عبداً؛ على القَوْلَيْنِ جميعاً.

وإنَّما أوجَبْنَا القصاصَ عليه، وإنْ كان المجنيُّ عليه عبداً؛ لأنَّ إقرارَهُ فيما يضرُّهُ مقبولٌ.

وإنْ جَنَىٰ خطأً؛ فإن كان في يَدِهِ مَالٌ ـ: أَخَذَ الأرْشَ منه، وإنْ لم يَكُنْ في يده مالٌ ـ: تباعُ رقبته فيه عَلَى القولَيْنِ جميعاً.

فأمَّا إذا جَنَىٰ عليه، ثم أقَرَّ بالرِّقِّ ـ نُظِرَ: إن كانَتِ الجنايةُ عمداً، وكان الجاني عَبْداً ـ: يقتصُّ منه، فإن كان حُرّاً ـ: لا يقتصُّ منه؛ لأن قَوْلَهُ فيما ضَرَّهُ مقبولٌ، بل هو كالخطإِ.

وإنْ جَنَىٰ عليه خطأً، ثم أقَرَّ بالرِّقِّ؛ فإنْ قلنا: إقرارُهُ مقبولٌ في الكلِّ ـ: فعلى الجاني كمالُ قيمتِهِ، إنْ كان قَتْلاً، وإن قطع يَداً ـ: فنصْفُ قيمته.

وإنْ قلنا: لا يُقْبَلُ إقرارُهُ فيما يَضُرُّ الغير ـ: فعلى الجاني أقَلُّ الأمرَيْن في قيمته أو الديةِ؛ لأن الديَةَ: إنْ كانَتْ أقَلَّ ـ: فلا يقبَلُ قولُهُ في الزيادةِ؛ لأنَّهُ يضرُّ الغير، وإنْ كانَتِ القيمة أقلَّ ـ: فإقراره بالنقصانِ مقْبُولٌ.

هذا كلُّهُ فيما إذَا أقرَّ اللقيطُ ـ أو مجهولُ النَّسَب بالرِّقِّ لإنسانٍ، وصَدَّقَهُ المُقَرُّ له: فإنْ كذَّبَهُ المُقَرُّ له ـ: بَطَلَ إقرارُهُ، فلو أقرَّ بعده بالرِّقِّ لآخرَ ـ: فالمذهَبُ: أنه لا يُقْبَلُ.

وقال ابْنُ سُرَيْجٍ: يُقْبَلُ؛ كما لو أقرَّ بالدار لإنْسَانٍ؛ فكذَّبه المُقَرُّ له، ثم أقرَّ بها لآخَرَ ـ: يقبَلُ، والأوَّلُ هو المذْهَبُ؛ لأنَّ إقرارَهُ الأوَّلَ تقديرُهُ: أنه لا يملكه أحَدٌ سواه.

وإذا رَدَّ الأوَّل إقرارَهُ ـ: خرجَ عَنْ أنْ يَكُونَ مملوكاً لأحَدٍ، ورَجَعَ إلَىٰ أصْلِ الحريَّةِ، فصار كما لو أقرَّ علَىٰ نفسه بالحريَّة، ثم أقرَّ بالرقِّ بعده ـ: لا يقبَلُ، ولَيْسَ كالإقرارِ بالدَّار؛ لأنَّ بِرَدِّ الأوَّل: إقرارُهُ لا يُخْرِجُ الدارَ عَنْ أن تكُونَ مملوكة:

ولو أنْكَرَ المُقِرُّ، ثم ادَّعَاهُ بعده ـ: لا يقْبَلُ؛ لأنه الْتَحَقَ بأصْلِ الحُرِّيَّة بإنكارِهِ؛ فلا يعودُ ملْكاً له، فإن قلْنَا: بظاهرِ المذهَبِ: أنَّ إنكار اللقيطِ بالرِّقِّ مقبولٌ: فلو ادَّعَىٰ رَجُل رقَّهُ، فأنكر، ثم أقرَّ بعده ـ: هل يقبَلُ؟ فيه وجهان:

أحدُهُمَا: لا يقبَلُ؛ لأنَّه لَزِمَهُ أحكامُ الأحرارِ بالإنكارِ؛ كما لو أقرَّ أنه حُرٌّ.

والثاني: يُقْبَلُ؛ كما لو أنْكَرَتِ المرأةُ مراجَعَةَ الزَّوْجِ إيَّاها، ثم أقَرَّتْ: قُبِلَ إقرارُهَا، ورُدَّتْ إلى الزوجِ، وعلى هذا: لو ادَّعىٰ رَجُلٌ رِقَّ لقيطٍ أو مجهولِ نسبٍ، فأنكر، ولا بيِّنَةَ للمدعي ـ: فهلْ له تحليفُ المدعَىٰ عليه أمْ لا؟ هذا يُبْنَىٰ علَىٰ أنَّهُ لو أقرَّ بالرِّقِّ على نَفْسِهِ ـ: هل يُقبل أم لا؟:

إن قلْنَا: يُقْبَلُ إقرارُهُ؛ فللمدعي أنْ يُحَلِّفَهُ؛ رجاء أن يُقِرَّ به.

وإنْ قلنا: لا يُقْبَلُ ـ: لا نحلِّفُهُ؛ لأنَّ اليمينَ لطلب الإقرارِ، وإقْرارُهُ غَيْرُ مقبولٍ، والله أعلم.

فَصْلٌ فِي رَدِّ الآبِقِ

إذا قال: إنْ رَدَدتَّ عبدي ـ فلَكَ هذا الثوبَ، فرده ـ: يستحقُّهُ، فلو تلِفَ الثوبُ في يَدِ الجاعِلِ ـ نُظر: إن تَلِفَ قَبْلَ الشروعِ في العَمَلِ؛ فإنْ علم وشَرَعَ في العملِ ـ: لا يستحقُّ شيئاً؛ لأنه عمل مجاناً، وإن لم يعلمه فعَمِلَ، ورَدَّ ـ: يستحقُّ أجر المِثْلِ، وكذلكَ: لو تلف الثَّوْبُ في خلالِ العَمَلِ ـ: يستحقُّ أجْرَ المثلِ، ولو تَلِفَ بَعْدَ رَدِّ العبدِ ـ: ماذا يجبُ على الجاعِلِ؟ فيه جوابانِ؛ بناءً علَىٰ أنَّ الصداق في يَدِ الزَّوْج مضمونٌ ضمانَ العَقْدِ أمْ ضمانَ اليدِ، وفيه قولان:

إنْ قلنا: ضمانَ العَقْدِ ـ: يجبُ أجْرُ المثلِ.

وإن قلنا: ضمان اليَدِ ـ: فقيمةُ الثوب.

وهذا بخلافِ ما لو تَلِفَ قَبْلَ الفَرَاغ من العمل: يستحقُّ أجْرَ المثل، وجهاً واحداً؛ لأنَّ ثَمَّ

لم يملكِ الثوبَ، حتَّىٰ يستحقَّ قيمتَهُ، وَههنا: قد ملك، وهذا بخلافِ ما لَوْ أَجَّرَ دارَهُ بثوبٍ، فتلفَ الثوبُ في يَدِ المستأجِرِ بَعْدَ مضيِّ السَّنَة ـ: تنفسخُ الإجَارَةُ، ويجبُ على المستأجِرِ أجر المثل: لأنَّهُ مَحْضُ معاوضَةٍ، كما لو تَلِفَ المبيعُ قَبْلَ القَبْضِ بعْدَمَا قَبَضَ الثمَنَ، وتلف ـ: عليه رَدُّ قيمةِ الثمنِ، وهذا لَيْسَ بمعاوضَةٍ محضةٍ؛ كالصداق.

قال الشيخُ ـ رحمه الله ـ: يَنْبَغِي أنْ يكُونَ هذا كالإجارةِ. اهـ.

تم الجزء الرابع، ويليه الجزء الخامس

وأوله: «كتاب الفرائض»

الفهـرس

كتاب الرَّهن

كتاب التفليس

كتاب الحجر

كتاب الصلح

كتاب الحوالة

كتاب الضمان

كتاب الشركة

كتاب الوكالة

كتاب الإقرار

كتاب العارية

كتاب الغصب

كتاب الشفعة

كتاب القراض

كتاب المساقاة

كتاب الإجارة

كتاب إحياء الموات

كتاب العطايا والحبس

كتاب اللقطة

